



**UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO  
ESCUELA DE POST GRADO**

**TÍTULO DE LA TESIS**

**LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE HURTO, EN LA  
DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA**

**TESIS PRESENTADA POR:**

Abog. Roxana Edith Rojas Silva

**PARA OBTENER EL GRADO DE MAESTRO  
EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES**

**ASESOR:**

Dr. José María Balcázar Zelada

Lambayeque, noviembre 2017

# **LA CONSUMACIÓN EN EL DELITO DE HURTO, EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.**

---

Abog. Roxana Edith Rojas Silva

**AUTOR.**

---

Dr. José María Balcazar Zelada

**ASESOR**

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: MAESTRO EN DERECHO CON MENCIÓN EN CIENCIAS PENALES

**APROBADO POR:**

---

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero  
**PRESIDENTE DEL JURADO**

---

Dr. Amador Modoñedo Valle  
SECRETARIO DEL JURADO

---

Dr. Alejandro Lamadrid Ubillus  
VOCAL DEL JURADO

Lambayeque, 20 de noviembre del año 2017.

## **Dedicatoria:**

A Dios por sus bendiciones; y a mi hijo Jared Mathías Puyén Rojas, por ser la motivación de todos mis objetivos, y el gran amor de mi vida.

## Índice General

Dedicatoria: .....	4
Índice General .....	5
Resumen .....	9
Abstract .....	10
Introducción .....	11
CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO .....	18
1.1. Ubicación: .....	18
1.2. Cómo surge el problema. Es una descripción del objeto de estudio, teniendo en cuenta su evolución histórica y las tendencias que presenta: .....	20
1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene. Se describe la realización empírica del objeto de estudio: .....	22
1.4. Descripción detallada la metodología empleada de manera tal que el lector interesado pueda repetir el experimento o el proceso y llegar a los mismos resultados .....	23
1.4.1. Diseño de contrastación de hipótesis .....	23
1.4.2. Población y muestra .....	24
1.5. Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos .....	24
1.5.1 Materiales .....	24
1.5.2. Técnicas .....	24
1.5.3. Instrumentos .....	25
1.5.4. Métodos y procedimientos para la recolección de datos .....	25
1.5.5. Procedimientos para la recolección de datos: .....	25
1.5.6. Análisis estadísticos de los datos .....	26
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO .....	27
CAPÍTULO I ANALIZAR: SI EL HURTO y ROBO ES UN DELITO DE MERA ACTIVIDAD O DE MERA CONDUCTA .....	27
1.1 DELITO DE HURTO Y ROBO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO .....	27

1.2 LA EVOLUCIÓN DE LA TEORIA DEL DELITO .....	30
1.2.1. La teoría jurídica del delito.....	30
1.2.2. EL FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO O RACIONALISTA .....	36
1.3 EL TIPO PENAL .....	40
1.3.1.- Las categorías del delito:.....	40
1.3.2. La categoría de la tipicidad y su importancia en la estructura del delito. ...	41
1.3.3 Clasificación de los tipos penales .....	43
1.3.4. En relación con las modalidades objetivas del delito .....	43
1.3.5. En relación con las modalidades subjetivas.....	46
1.3.6. En relación con los sujetos: .....	47
1.3.7. En relación con el bien jurídico: .....	49
1.3.8. En relación con el grado de afectación del bien jurídico .....	50
1.3.9. En relación con la forma y el momento de consumación: .....	51
 CAPÍTULO II CONSIDERAR QUE EL HURTO ES UN DELITO DE MERA ACTIVIDAD, EL MISMO QUE SE CONSUMA CON LA PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO QUE PROTEGE.....	53
2.1. LOS MOMENTOS DE DESARROLLO DEL DELITO .....	53
2.1.1 La tentativa.....	53
2.1.2. El concepto de tentativa.....	55
2.1.3. La tentativa y su clasificación. ....	56
2.2. La consumación en el delito. ....	60
2.2.1. El concepto de consumación.....	62
2.2.2. Consumación y resultado. ....	64
2.2.3. Los delitos según el momento consumativo .....	65
2.2.4. El problema de la consumación anticipada .....	65
2.2.5. La importancia de la consumación. ....	66
2.2.6. Terminación del delito .....	67

2.2.7. El delito agotado.....	67
CAPÍTULO III DEMOSTRAR: que la interpretación de los jueces supremos en el acuerdo plenario N° 1.2005, es equívoco al considerar que el delito de hurto es un delito de resultado.....	69
3.1 LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LOS PRECEDENTES VINCULANTES .	69
3.1. Introducción.....	69
3.2 La ley como fuente del Derecho. ....	71
3.3. La Jurisprudencia como fuente del Derecho. ....	72
3.4 La Corte Suprema de la República. ....	73
3.5 Independencia Judicial y la igualdad. ....	74
3.6. El derecho a la igualdad. ....	74
3.7 Los precedentes judiciales en el campo penal.....	75
3.8. El Código de Procedimientos Penales. ....	77
3.9 Los precedentes vinculantes de carácter penal. ....	78
3.10. El caso de “Las sentencias Plenarias”. ....	80
3.11. ANALISIS A LA SENTENCIA PLENARIA N° 1-2005/DJ-301-A, DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA.....	83
3.12. LA DOCTRINA NACIONAL SOBRE LOS DELITOS DE RESULTADO. ....	84
3.13. DELITOS DE RESULTADO O DE MERA ACTIVIDAD .....	86
3.14.- Una nueva interpretación de la consumación del delito de robo y hurto. ....	90
3.15. La consumación de los delitos de hurto y robo.....	92
3.16. Sobre las teorías acerca de la consumación en el delito de hurto.....	94
3.17. Las teorías denominadas clásicas acerca de la consumación del delito de hurto son las siguientes: .....	94
3.18.- Toma de posición respecto a la teoría de la disponibilidad y a la consideración de delitos de resultado de la Corte Suprema. ....	100
CAPITULO III: ANALISIS Y DISCUCION DE LOS RESULTADOS O LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS.....	103
3.1. Resultados .....	103

3.2. Discusión de resultados .....	111
CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	112
4.1 Conclusiones: .....	112
4.2. Recomendaciones: .....	113
V.- BIBLIOGRAFIA: .....	114



## Resumen

En éste trabajo, la autora expondrá cuáles son los criterios que, a mi modo de ver, permiten precisar los límites de la consumación punible en el delito de hurto y robo; se cuestiona la interpretación que hace la Corte Suprema de nuestro país, quién ha considerado como criterio fundamental la disponibilidad de la cosa sustraída y establece además varios supuestos donde determina que la acción del agente ha quedado en grado de tentativa, aceptando la tesis tradicional de que éste tipo de delitos son delitos de resultado.

En ese sentido, apartándome de la Sentencia Plenaria N°.1-2005/DJ-301-A.I. del 30 de septiembre de 2005, considero que el criterio que debe primar a efecto de diferenciar entre la consumación y tentativa del delito de robo y hurto, es la perdida de disponibilidad del bien por parte del agraviado, y no la disponibilidad potencial por parte del autor; encontrándome de acuerdo con la teoría clásica “**amotio**”, que establece que *“basta que el sujeto activo traslade a la esfera de su dominio la cosa, quedará consumado”*.

Como consecuencia de que el delito de hurto no es un delito de resultado, debe desecharse la aceptación para este tipo de delitos la tentativa acabada, sólo caben supuestos de tentativa inacabada, siendo indispensable la armonización o establecimiento de nuevos criterios mediante jurisprudencia vinculante al respecto.

Palabras claves: Consumación, delito patrimonial, hurto y robo.

## **Abstract**

In this work, the author will explain what are the criteria that, in my view, allow to specify the limits of the punishable consummation in the crime of theft and theft; the Supreme Court's interpretation of our country is questioned, who has considered the availability of the thing stolen as a fundamental criterion and also establishes several cases where it determines that the action of the agent has been attempted, accepting the traditional thesis that These types of crimes are result crimes.

In that sense, moving away from the Plenary Sentence N ° .1-2005 / DJ-301-A.I. of September 30, 2005, I believe that the criterion that must prevail in order to differentiate between the consummation and attempted robbery and theft, is the loss of availability of the property by the aggrieved, and not the potential availability by the Author; finding myself in agreement with the classic theory "amotio", that establishes that "it is enough for the active subject to transfer the thing to the sphere of his domain, it will be consummated".

As a consequence of the crime of theft is not a crime of result, the acceptance that in this type of crimes the finished attempt may occur, only cases of unfinished attempt can be accommodated, being indispensable the harmonization or establishment of new criteria through binding jurisprudence about.

**Keywords:** Consummation, patrimonial crime, theft and robbery.

## Introducción

La presente indagación se denomina “La consumación en el delito patrimonial de hurto y robo”, para efectos de esta investigación se presentan los siguientes antecedentes.

En el ámbito internacional, considerando que el verbo “sustraer” implica a la vez acción y resultado (despojar y apoderarse, respectivamente), diversos autores sugieren acudir a una visión material del problema. En ese sentido, Quintero Olivares sostiene que *“para evitar que ‘apoderamiento’ y ‘desposesión’ se fundan haciendo imposible la distinción entre ‘tentativa’ y ‘consumación’, es decir, dando lugar a que el hurto se transforme en un delito de mera actividad, la desposesión, según entiende la doctrina mayoritaria, ha de situarse en el momento, diferenciado del apoderamiento, en que el dueño o custodiador de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical”*.<sup>1</sup>

Como señala la doctrina mayoritaria, un primer momento en la sustracción consiste en la desposesión del bien mueble, es decir, la privación física de la tenencia del bien por parte del sujeto pasivo; mientras que, en un momento posterior, se produce el apoderamiento.

La doctrina nacional ha llegado a un consenso en relación al momento consumativo del delito de hurto y robo; sin embargo, el tema del apoderamiento no es pacífico en la doctrina y ha dado lugar a diversas teorías construidas desde antiguo para tratar de determinar cuándo es que éste se produce, lo que resulta de gran importancia para fijar el momento de la consumación del delito.<sup>2</sup> Las teorías propuestas, históricamente, son:

- a) La contrectatio o aprehesio, que sostiene que el autor del delito entra en contacto físico con el bien, tomarla o aprehenderla.

---

<sup>1</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Español. Editorial Aranzadi, 1996. p. 445.

<sup>2</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 196.

- b) Amotio, cuando el agente traslada la cosa o la mueve de un lugar a otro.
- c) La ablatio, es cuando la cosa es trasladada físicamente de la vigilancia o de la actividad del tenedor, esta teoría también ha recibido el nombre de desapoderamiento, debido a que atiende a la ofensa del bien atacado por la sustracción de su bien.
- d) La illatio, cuando la cosa haya quedado fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del agente. Esta Teoría ha venido a denominarse teoría de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer sobre el bien. A diferencia de la ablatio, esta teoría va más allá, es decir busca la perfección de la tenencia del bien por el autor del delito.

Estas teorías resultan insuficientes para establecer el momento del apoderamiento –o sea el momento de la consumación en el delito de hurto– pues este se realiza no solo con la pérdida de la custodia del bien por parte del sujeto pasivo, sino, esencialmente, con la incorporación de la cosa al patrimonio del agente.<sup>3</sup> De esta manera, Vives Antón, manifiesta que, en la doctrina española, prácticamente existe unanimidad al apartarse de estas tesis y afirmar que la consumación en los delitos de hurto y robo está determinada por la “mínima disponibilidad” del agente respecto de la cosa sustraída, criterio semejante a la aprehensio del derecho histórico. Para apoyar su aserto, cita dicho autor la sentencia del 24 de septiembre de 1971 que afirma *“debiendo estimarse por ser la más justa concepción científica y práctica, que la sustracción consumativa del referido delito se encuentra en la aprehensio, que es la toma de contacto con la res furtiva, con desposesión del dueño y adquisición correlativa de la posesión por el delincuente, pero con disponibilidad de disfrute, aunque sea meramente mínima, eventual o fugaz”*.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> GONZÁLES RUS, Juan José. Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I, dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 563.

<sup>4</sup> Vives Antón, Tomás. Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988. p. 766.

Estas teorías resultan insuficientes para establecer el momento del apoderamiento –o sea el momento de la consumación en el delito de hurto– pues este se realiza no solo con la pérdida de la custodia del bien por parte del sujeto pasivo, sino, esencialmente, con la incorporación de la cosa al patrimonio del agente.<sup>5</sup> De esta manera, Vives Antón, manifiesta que, en la doctrina española, prácticamente existe unanimidad al apartarse de estas tesis y afirmar que la consumación en los delitos de hurto y robo está determinada por la “mínima disponibilidad” del agente respecto de la cosa sustraída, criterio semejante a la aprehensio del derecho histórico. Para apoyar su aserto, cita dicho autor la sentencia del 24 de septiembre de 1971 que afirma *“debiendo estimarse por ser la más justa concepción científica y práctica, que la sustracción consumativa del referido delito se encuentra en la aprehensio, que es la toma de contacto con la res furtiva, con desposesión del dueño y adquisición correlativa de la posesión por el delincuente, pero con disponibilidad de disfrute, aunque sea meramente mínima, eventual o fugaz”*.<sup>6</sup>

En tal sentido, el Tribunal Supremo Español ha señalado que, para la consumación del delito de hurto, no importa el mucho o poco tiempo que medie entre la sustracción y la captura del culpable, pues basta con una disponibilidad momentánea o de breve duración, que podría ser de diez o quince minutos, o lo que se tarda en recorrer 10 kilómetros (SSTS de 8 de marzo de 1988 y 8 de febrero de 1994).<sup>7</sup>

En el contexto nacional: Nuestro tema de investigación ha merecido la atención de la doctrina nacional y, así tenemos que:

---

<sup>5</sup> GONZÁLES RUS, Juan José. Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I, dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 563.

<sup>6</sup> Vives Antón, Tomás. Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988. p. 766.

<sup>7</sup> GONZALES RUS, Juan José. Op. cit.; p. 579.

Salinas Siccha sostiene que “*el delito de hurto es un hecho punible de lesión y resultado*”,<sup>8</sup> al igual que el de robo<sup>9</sup> y el de abigeato.<sup>10</sup> Por su parte, en el caso de Peña Cabrera Freyre y Gálvez Villegas y Rojas León, aunque no se pronuncian expresamente sobre el tema, puede colegirse que también consienten dicha concepción, al manifestar su adhesión a la fundamentación de la Acuerdo Plenario N° 1-2005, -con el voto discrepante del Juez Supremo, doctor Balcázar Zelada- tanto respecto del hurto<sup>11</sup> como del robo.<sup>12</sup> Similar posición es defendida por Reátegui Sánchez,<sup>13</sup> quien a pesar de reconocer que el artículo 185° del Código Penal no exige expresamente un resultado típico separado de la conducta típica, termina adhiriéndose, sin más, a lo establecido por la citada Acuerdo Plenario N°.1-2005, -específicamente al voto en discordia argumentado por el señor Juez Supremo Balcázar Zelada- de la cual sí se deslinda, sin embargo, al ocuparse del delito de robo.

En este orden de ideas la doctrina y jurisprudencia nacional, afirman que, los delitos de sustracción son delitos de resultado, afirmación negada por Hernández Basualto, para quien existe una confusión en el alcance de los binomios delitos de mera actividad, delito de resultado y delito de peligro-delito de lesión o daño. Mientras la primera distinción gira en torno a si el delito requiere algo más que la conducta del agente para su consumación, la

---

<sup>8</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Derecho Penal. Parte especial. Idemsa, Lima, 2004, p. 681.

<sup>9</sup> Ibídem, p. 719.

<sup>10</sup> Ibídem, p. 751.

<sup>11</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Derecho Penal. Parte especial. Tomo II, Idemsa, Lima, 2008, p. 165 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y ROJAS LEÓN, Ricardo. Derecho Penal. Parte especial. Tomo II, Jurista Editores, Lima, 2011, p. 697 y ss.

<sup>12</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Ob. cit., p. 234 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás y ROJAS LEÓN, Ricardo. Ob. cit., p. 776 y ss.

<sup>13</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Los delitos patrimoniales en el Código Penal. Idemsa, Lima, 2013, p. 58 y ss.

segunda atiende a si esta requiere o no una efectiva lesión del bien jurídico protegido.<sup>14</sup> *“Y si bien se trata –apunta Hernández Basualto– de categorías que suelen coincidir (los delitos de peligro suelen ser, además, de mera actividad), no se identifican necesariamente. Así, el hurto es manifiestamente un delito de lesión, porque la apropiación de la cosa ajena lesiona efectivamente el vínculo entre esta y su titular, pero una cosa muy distinta es que sea un delito de resultado, para lo cual lo único decisivo es si, además de la conducta de apropiación, el tipo requiere que esa conducta produzca algo distinto de ella misma, cual no es el caso”*.<sup>15</sup>

En nuestro país, autores como SALINAS SICCHA, confunde los delitos de lesión con los delitos de resultado y, en ese sentido se expresa diciendo que: *“Es lugar común afirmar que el delito de robo simple es de lesión o de resultado (...)”*.<sup>16</sup> Lo mismo sucede con REÁTEGUI SÁNCHEZ, quien sostiene que: *“(...) el hurto es un delito de resultado lesivo, ya que hace falta el desplazamiento patrimonial y exige la separación fáctica de una cosa del patrimonio de su dueño y su incorporación al del sujeto activo”*.<sup>17</sup>

En cuanto al tema tratado en esta investigación, se tiene que existe la tesis denominada: El Iter Criminis en los Delitos Patrimoniales de Apoderamiento: Análisis de la Sentencia Plenaria N.01-2005/DJ-301-A desarrollada por Carlos Pinedo Sandoval, fechado junio del año 2014, donde entre otras conclusiones señala que: *“los delitos patrimoniales son de mera actividad. En ellos no se exige la producción de un resultado material independiente y separado espacio- temporalmente de la*

---

<sup>14</sup> HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. “La nueva regulación del hurto-falta no consumado”. En: La Semana Jurídica. Semana del 11 al 17 de junio de 2007, p. 7.

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. Ob. cit., p. 719.

<sup>17</sup> REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. Ob. cit., p. 58 y ss.

*conducta del autor, en ese sentido en la conducta de apoderamiento cabe solamente la tentativa inacabada más no la tentativa acabada".* Criterio que la autora comparte.

Con respecto a la formulación del problema tenemos: ¿El hurto es un delito de resultado o un delito de mera actividad?, en cuanto al objetivo general planteado en esta investigación es: **DESCRIBIR** en el tipo penal objetivo, dentro de la categoría de la tipicidad, que el hurto es un delito de mera actividad o de mera conducta y no de resultado.

Para alcanzar el propósito general de la investigación se plantean los siguientes objetivos específicos: Primero: **ANALIZAR** que el hurto es un delito de mera actividad o de mera conducta; Segundo: **CONSIDERAR** que el hurto es un delito de mera actividad, el mismo que se consuma con la puesta en peligro del bien jurídico que protege; Tercero: **DEMOSTRAR** que la interpretación de los jueces supremos en el acuerdo plenario N°1.2005, es equívoco al considerar que el delito de hurto es un delito de resultado.

Asimismo, se justifica la presente investigación por las siguientes razones: a) Esta investigación es necesaria para los operadores del derecho penal, quienes deben tomar decisiones al resolver conflictos penales, porque sus aportes pueden contribuir a elevar su eficiencia. b) Es también necesaria para los intervinientes (los propietarios) en el proceso penal, porque sus aportes pueden contribuir a que se beneficien mejor. c) Es conveniente para todo el país, porque contribuirá a mejorar la justicia penal, beneficiando a todos los peruanos. d) Es, asimismo, conveniente para la universidad Pedro Ruiz Gallo; dado que tiene como parte de sus fines la investigación científica y la extensión universitaria en beneficio del país.

En cuanto a la importancia de la investigación tenemos: Esta investigación es importante porque la autora de la presente investigación cuestiona la interpretación que hace la Corte Suprema, un sector de la judicatura y de la doctrina nacional, del delito de hurto y el delito de robo como delitos de resultado, en virtud de la cual se sitúa en un momento diferenciado la desposesión, la consumación y, el ulterior apoderamiento del bien mueble.



Por el contrario, a nuestro juicio, se trata de delitos de “mera actividad”, en tanto no producen un resultado separado e independiente de la conducta típica, sino que la pérdida del bien mueble se confunde de modo inseparable con lo que el agente debe hacer para consumar el delito.

Asimismo, la presente investigación, es importante porque se pone en el debate un tema que resulta relevante para el trabajo diario en la actividad judicial y, de carácter sustantivo como es la consumación del delito de hurto. En ese sentido considero que la presente investigación es un aporte sobre el tema y contribuye a realizar, por parte de los operadores del derecho, un mejor juicio de tipicidad en los delitos patrimoniales, como el hurto y el robo.

Para efectos de la investigación se ha estructurado en los siguientes capítulos

Capítulo I: Análisis de Objeto de estudio, se describe la ubicación, cómo surge el problema y sus características, así como la descripción detallada de la metodología.

Con respecto al marco teórico, se describen tres temas importantes como son:

**Capítulo I: ANALIZAR:** que el hurto es un delito de mera actividad o de mera conducta.

**Capítulo II: CONSIDERAR** que el hurto es un delito de mera actividad, el mismo que se consuma con la puesta en peligro del bien jurídico que protege.

**Capítulo III: DEMOSTRAR:** que la interpretación de los jueces supremos en el acuerdo plenario N° 1.2005, es equívoco al considerar que el delito de hurto es un delito de resultado.

Seguidamente se presentan los resultados obtenidos de la investigación, para luego pasar a la presentación de las conclusiones y recomendaciones.

# CAPÍTULO I: ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

## 1.1. Ubicación:

En el ámbito de los delitos contra el patrimonio, es cierto que el delito de “hurto” previsto en el artículo 185° del Código Penal vigente comparte la misma estructura típica que el delito de “robo” sancionado en el artículo 188° del mismo cuerpo de leyes.

En efecto, en ambos casos el sujeto activo puede ser cualquiera, y en el ámbito de la tipicidad subjetiva estamos frente a delitos dolosos que además exigen un elemento adicional: El ánimo de lucro (para obtener provecho o para aprovecharse de...). En cuanto al tipo objetivo, tanto el “hurto” como el “robo” implican un acto de apoderamiento de un bien mueble total o parcialmente ajeno, lo que se logra a través de la sustracción, cuya naturaleza es precisamente el elemento que diferencia a un delito del otro, pues en el caso del hurto la sustracción es pacífica, mientras que, tratándose del delito de robo, ésta debe lograrse a través de la violencia o amenaza contra la persona.

Como quiera que el verbo “sustraer” implica a la vez acción y resultado (despojar y apoderarse, respectivamente), diversos autores sugieren acudir a una visión material del problema. En ese sentido, Quintero Olivares<sup>18</sup> sostiene que “para evitar que ‘apoderamiento’ y ‘desposesión’ se fundan haciendo imposible la distinción entre ‘tentativa’ y ‘consumación’, es decir, dando lugar a que el hurto se transforme en un delito de mera actividad, la desposesión, según entiende la doctrina mayoritaria, ha de situarse en el momento, diferenciado del

---

<sup>18</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y otros. Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal Español. Editorial Aranzadi, 1996. p. 445.

apoderamiento, en que el dueño o custodiador de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical”.

Como señala la doctrina mayoritaria, un primer momento en la sustracción consiste en la desposesión, es decir, la privación física de la tenencia del bien por parte del sujeto pasivo; mientras que, en un momento posterior, se produce el apoderamiento, en virtud del cual, el agente del delito incorpora la cosa a su esfera de dominio y adquiere la capacidad de disposición sobre la misma.

El tema del apoderamiento no es pacífico en la doctrina y ha dado lugar a diversas teorías construidas desde antiguo para tratar de determinar cuándo es que este se produce, lo que resulta de gran importancia para fijar el momento de la consumación del delito. Así, según las distintas teorías, el apoderamiento se produciría cuando <sup>19</sup> :

1. El autor del delito entra en contacto físico con el bien, tomarla o aprehenderla (la contrectatio o aprehesio).
2. El agente traslada la cosa o la mueve de un lugar a otro (Amotio).
3. La cosa es trasladada físicamente de la vigilancia o de la actividad del tenedor, esta teoría también ha recibido el nombre de desapoderamiento, debido a que atiende a la ofensa del bien atacado por la sustracción de su bien (la ablatio).
4. La cosa haya quedado fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del agente. Esta Teoría ha venido a denominarse teoría de la disponibilidad o de la posibilidad física de disponer sobre el bien. A diferencia de la ablatio, esta teoría va más allá, es decir busca la perfección de la tenencia del bien por el autor del delito (La illatio)

---

<sup>19</sup>

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Manual de Derecho Penal. Barcelona: Editorial Ariel, 1986. p. 196

Estas teorías resultan insuficientes para establecer el momento del apoderamiento -y en consecuencia del hurto- pues este se realiza no solo con la pérdida de la custodia del bien por parte del sujeto pasivo, sino, esencialmente, con la incorporación de la cosa al patrimonio del agente<sup>20</sup>.

De esta manera, Vives Antón<sup>21</sup> manifiesta que, en la **doctrina española, prácticamente existe unanimidad al apartarse de estas tesis y afirmar que la consumación en los delitos de hurto y robo está determinada por la “mínima disponibilidad” del agente respecto de la cosa sustraída, criterio semejante a la aprehensio del derecho histórico**. Para apoyar su aserto, cita dicho autor la sentencia del 24 de septiembre de 1971 que afirma “debiendo estimarse por ser la más justa concepción científica y práctica, que la sustracción consumativa del referido delito se encuentra en la aprehensio, que es la toma de contacto con la res furtiva, con desposesión del dueño y adquisición correlativa de la posesión por el delincuente, pero con disponibilidad de disfrute, aunque sea meramente mínima, eventual o fugaz”.

## **1.2. Cómo surge el problema. Es una descripción del objeto de estudio, teniendo en cuenta su evolución histórica y las tendencias que presenta:**

Los criterios de la interpretación judicial del Derecho se basan, en nuestro derecho positivo, en los fallos, precedentes y doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la República, lográndose con ello la predecibilidad y la uniformidad en las decisiones de la Corte Suprema que permiten afianzar la seguridad jurídica, pues la uniformidad de la

---

<sup>20</sup> GONZÁLES RUS, Juan José. Curso de Derecho Penal Español. Parte Especial I, dirigido por COBO DEL ROSAL, Manuel. Madrid: Marcial Pons, 1996. p. 563

<sup>21</sup> Derecho Penal Parte Especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1988. p. 766.

jurisprudencia es una necesidad social y la mejor garantía de estabilidad jurídica.<sup>22</sup>

La Corte Suprema es el máximo exponente del derecho judicial y, sus fallos deben expresar la interpretación correcta y razonada del derecho [función nomofiláctica] y el control de la actividad judicial de los órganos inferiores a través de la aplicación uniforme del derecho [función de uniformidad]. Un Tribunal supremo tiene la última palabra en el establecimiento y dicción del derecho. Sus decisiones son definitivas aunque no infalibles.<sup>23</sup>

Los órganos judiciales inferiores orientan y adecuan su práctica a los precedentes y sentencias emitidas por la Corte Suprema, debido tanto a razones de autoridad, vinculadas a la organización jerárquica de la administración de justicia y, su influencia no solo se reduce a los órganos de justicia., pues se extiende también al ejercicio profesional de la abogacía,<sup>24</sup> permitiendo una administración de justicia más uniforme, previsible, racional y, por tanto, más confiable y segura.

En ese orden de ideas, la importancia del precedente viene dada por cuatro aspectos relevantes: a) La función de interpretación que desarrolla del derecho vigente; b) La función integradora que se le reconoce frente a las eventuales lagunas jurídicas que pueda tener el ordenamiento jurídico; c) El carácter de fuente de la jurisprudencia; y d)

---

<sup>22</sup> Cfr. LLAMBÍAS, JORGE JOAQUÍN; Tratado de Derecho Civil [PG]; Buenos Aires; Abeledo Perrot; 14 ed.; p. 80.

<sup>23</sup> Cfr. HART, HERBERT; El Concepto de Derecho; [Traducción de Genaro Carrió]; Buenos Aires; Abeledo - Perrot; 1961; p. 177.

<sup>24</sup> Cfr. MAIER, JULIO; Derecho Procesal Penal; Buenos Aires; Editorial del Puerto; 2 ed.; 1 Reimpresión; 1999; T I; p. 130.

La jurisprudencia como técnica argumentativa o como base de las decisiones judiciales.<sup>25</sup>

### **1.3. Cómo se manifiesta y qué características tiene. Se describe la realización empírica del objeto de estudio:**

Teniendo en cuenta lo afirmado en el apartado anterior, cuestiono la interpretación que hace la Corte Suprema, y un sector de la doctrina nacional, en relación al delito de hurto como delito de resultado; como así lo precisa interpretativamente la Corte Suprema de Justicia de la República, en el fundamento II.8 de la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A.I. del 30 de septiembre de 2005, afirmando que el hurto y el robo son delitos de resultado. Los jueces supremos en dicho fundamento afirman que: *“La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y, por extensión, de robo, como uno de resultado y no de mera actividad”*. Esta concepción del hurto, robo y abigeato como delitos de resultado es respaldada por la mayoría de la doctrina nacional.

Apartándome de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A.I. del 30 de septiembre de 2005, considero que los delitos patrimoniales de hurto, robo y abigeato no son delitos de resultado sino son delitos de mera actividad, mera conducta o delitos formales, fundando nuestra posición en razones dogmáticas y legales.<sup>26</sup>

La presente investigación, tiene por finalidad poner en el debate un tema que resulta importante para el trabajo diario en la actividad

---

<sup>25</sup> Cfr. MORAL SORIANO, LEONOR; El Precedente Judicial; Madrid; Marcial Pons; 2002; p. 157.

<sup>26</sup> Cfr. POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; y RAMÍREZ, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte especial. 2ª edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 309.

judicial, de carácter sustantivo como es la consumación del delito de hurto. El tema no es nuevo, pero resulta necesario abordarlo, toda vez que la Sentencia Plenaria N°.1-2005/DJ-301-A.I. del 30 de septiembre de 2005, tiene efectos vinculantes para las instancias inferiores del poder judicial.

A través de este trabajo pretendo exponer cuáles son los criterios que, a mi modo de ver, permiten precisar los límites de la consumación punible en el delito delitos de hurto y robo; y además analizar cómo está resolviendo los Jueces del Distrito Fiscal de San Martín – Tarapoto antes y después de la mencionada Sentencia Plenaria.

#### **1.4. Descripción detallada la metodología empleada de manera tal que el lector interesado pueda repetir el experimento o el proceso y llegar a los mismos resultados.**

##### **1.4.1. Diseño de contrastación de hipótesis**

De acuerdo a lo detallado por Abanto, Walter (2014) en su publicación “Diseño y Desarrollo del Proyecto de Investigación”, nuestro diseño de investigación es Pre-Experimental, con dos grupos y dos mediciones. Por tanto, el diseño de la investigación es:



##### **Donde:**

**O<sub>1</sub>** : Evaluación antes de la aplicación

**X** : Tratamiento

**O<sub>2</sub>** : Evaluación después de la aplicación

##### **Variables:**

Variable Independiente: Sentencia Plenaria N° 1-2005/D-301-A-1

Variable Dependiente: Delitos de hurto y robo

#### **1.4.2. Población y muestra**

**Población:** La población está compuesta por las sentencias dictadas en la Corte Superior de Justicia de San Martín – Tarapoto en casos de delitos de hurto y robo, durante en los años 2003 y 2004 antes de la aplicación de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/D-301-Ha-1 y los años 2013 y 2014, es decir después de haberse dictado la Sentencia Plenaria.

**Muestra:** La muestra está constituida por las sentencias dictadas en la Corte Superior de Justicia de San Martín – Tarapoto en casos de delitos de hurto y robo, durante en los años 2003 y 2004 antes de la aplicación de la Sentencia Plenaria N ° 1-2005/D-301-Ha-1 y expedientes de los años 2013 y 2014.

### **1.5 Materiales, técnicas e instrumentos de recolección de datos**

#### **1.5.1 Materiales**

Se hará uso principalmente de los expedientes y sus resoluciones tanto absolutorias como condenatorias, que serán registrados en una lista de cotejo y este en un mapa comparativo del antes y después de la aplicación de la Sentencia Plenaria N°.1-2005/DJ-301-A.

#### **1.5.2. Técnicas**

La técnica e instrumento que permitirá el recojo de datos es la escala de nivel porcentual de sentencias absolutoria y condenatorias, a fin de determinar si la sentencia Plenaria en cuestionamiento ha tenido impacto en los Juzgados de San Martín.



### 1.5.3. Instrumentos

El instrumento de recojo de datos es la lista de cotejo del nivel porcentual de sentencias absolutoria y condenatorias.

Sentencia	SI	NO
absolutoria		
condenatoria		

### 1.5.4. Métodos y procedimientos para la recolección de datos

#### 1. Método general:

La información que proporcione la ficha de comparación de datos será analizada a través del estadístico t de students para muestras relacionadas, permitiendo poder visualizar los valores antes de la investigación y luego de la investigación y nos permita determinar la validez de la hipótesis. Pero a la vez se obtendrá información cuantitativa de cada variable. Todos estos aspectos se efectuarán utilizando el paquete informático G-Stat.

Las tablas de frecuencias serán las herramientas con que se presentaran la información cuantitativa, para el cual se utilizará como método la estadística aplicada.

#### 1.5.5. Procedimientos para la recolección de datos:

La recolección de datos se hará por medio de una lista de cotejo donde se apuntará el número de sentencias absolutorias y condenatorias tanto en los años 2003 y 2004 como en los años 2013 y 2014

#### **1.5.6. Análisis estadísticos de los datos**

La *t* de Student para muestras relacionadas que es una prueba paramétrica de comparación de dos muestras relacionadas, debe cumplir las siguientes características:

Asignación aleatoria de los grupos

Homocedasticidad (homogeneidad de las varianzas de la variable dependiente de los grupos)

Distribución normal de la variable dependiente en los dos grupos

Nivel intervalar o de razón de la variable dependiente

Su función es comparar dos mediciones de puntuaciones (medias aritméticas) y determinar que la diferencia no se deba al azar (que la diferencia sea estadísticamente significativa).

Los datos recogidos, llevados a cabo mediante la técnica de fichaje, posteriormente se analizarán, compararán y, como consecuencia de ello se arribará a las conclusiones y recomendaciones del presente trabajo de investigación.

# CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

## CAPÍTULO I ANALIZAR: SI EL HURTO y ROBO ES UN DELITO DE MERA ACTIVIDAD O DE MERA CONDUCTA.

### 1.1 DELITO DE HURTO Y ROBO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO.

Desde su promulgación en el mes de abril del año 1991, los delitos de hurto, así como el de robo han sido objeto de varias modificaciones, así en su disposición inicial el Código Penal señalaba la conducta de **Hurto Simple en el Artículo 185:**

*“El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético”.*

Posteriormente este artículo fue modificado por el numeral 1 del Artículo 29 del Decreto Legislativo N°.1084, publicado el 28 de junio del año 2008, cuyo texto es el siguiente:

**Artículo 185.-** *“El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un mecanismo de asignación de Límites Máximos de Captura por Embarcación”.*

Finalmente, mediante Decreto Legislativo N°.1245 del 6 de noviembre del año 2016, se ha efectuado una modificación final, quedando configurado el art. 185 con el siguiente texto:

*“El que, para obtener provecho, se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, sustrayéndolo del lugar donde se encuentra, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años. Se equiparán a bien mueble la energía eléctrica, el gas, los hidrocarburos o sus productos derivados, el agua y cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico, así como el espectro electromagnético y también los recursos pesqueros objeto de un Mecanismo de Límites Máximos de Captura por embarcación”.*

Como se puede apreciar, al margen de que conforme han ido produciéndose las modificaciones legislativas se han introducido nuevos objetos jurídicos de protección del delito de hurto, pues inicialmente se consideró equiparables a bien mueble, al gas, la energía eléctrica, el agua y el espectro electromagnético, así como una clausula abierta consistente en “cualquier otra energía o elemento que tenga valor económico”; sin embargo posteriormente se añaden como objeto de protección los recursos pesqueros y sus límites de extracción, luego los hidrocarburos y sus derivados. Pero es del caso apreciar que los elementos constitutivos de este tipo penal siempre han sido: La **desposesión** y el **apoderamiento**, así como un elemento que ha sido considerado por la doctrina penal mayoritaria como elemento subjetivo diferente del dolo consistente en el propósito de obtener provecho, con la acción delictiva que además está legislado como un elemento de tendencia interna trascendente, es decir cuya configuración no sería necesaria para la consumación del delito.

**En lo que respecta al delito de robo**, de igual forma se aprecian desde su formulación inicial, varias modificaciones, originalmente su texto era: “**Artículo 188.-** *El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando*

*violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años”.*

Artículo que fue modificado por la Ley N° 26319, publicada el 01-06-94, que en su artículo 1° señalaba:

**Artículo 188.-** *El que se apodera ilegítimamente de un mueble, total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años."*

Texto, que nuevamente fue modificado el 24 de mayo del año 1998 por el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 896, cuyo texto es el siguiente:

**"Artículo 188.-** *El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años."*

Y con fecha 5 de junio del año 2001 nuevamente se modifica su texto por el artículo 1 de la Ley N° 27472, cuyo texto es el siguiente:

**Artículo 188.-** *El que se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de ocho años."*

De igual forma que el delito de hurto, el tipo penal de robo siempre se ha caracterizado por contener los mismos elementos constitutivos de aquel, es decir, por la sustracción del bien apoderándose de éste, para “aprovecharse de él”, diferenciándose en que el robo requiere para su configuración la presencia de los elementos de violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida, integridad física contra la persona. Es de apreciar que las diversas modificaciones legislativas se efectúan solamente en lo concerniente a la penalidad con que se sanciona este delito.

## **1.2 LA EVOLUCIÓN DE LA TEORIA DEL DELITO**

### **1.2.1. La teoría jurídica del delito**

Existe consenso en que el estudio de la dogmática del Derecho Penal, en lo que concierne a la Parte General comprende a la Teoría Jurídica del delito y a las consecuencias jurídicas del delito, siendo la primera de ellas la más importante y la que se ha desarrollado con más profundidad, se ha perfilado el estudio analítico del delito con sus categorías de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad, ha primado en su concepto el método deductivo abstracto en su elaboración dogmática, se ha efectuado la distinción entre los elementos de carácter objetivo y subjetivo que los componen en sus categorías positivas y negativas.

Se ha determinado la libertad interpretativa que debe existir en el desarrollo dogmático de las instituciones, se ha postulado más o menos un consenso entre las diversas teorías existentes sobre autoría y participación, para llegar a una división actual entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se ha distinguido con precisión la separación entre el injusto penal y la culpabilidad y se han elaborado hasta ahora diferentes teorías sobre la pena, persistiendo el debate sobre cuál debería ser la más apropiada de ellas, una breve síntesis de los sistemas

elaborados, permite una comprensión más detallada de la evolución de las categorías que componen el vasto sistema penal.

#### **1.2.1.1 EL SISTEMA CAUSALISTA**

Se le identifica con los autores Franz von Liszt y Ernst Beling, quienes postulan y desarrollan lo que se conoce como el concepto natural de acción, estos autores desarrollan un concepto ontológico, descriptivo y causal respecto de la acción, considerando von Liszt que es acción *“toda causación o no evitación de una modificación del mundo exterior mediante una conducta voluntaria”*; mientras que para BELING lo esencial de la acción, era la presencia de una conducta humana guiada por la voluntad, dejando a un lado la cuestión del contenido de dicha voluntad.

Suarez & Otros (2002) “Respecto a la categoría de la tipicidad, formulan una explicación de carácter objetiva, pues en su primera etapa, sólo integran en ella los elementos objetivos o externos del hecho, quedando relegados al ámbito de la culpabilidad los aspectos subjetivos o internos” (P.101)

Posteriormente en su segunda etapa conocida como neoclásica, se produce una evolución del concepto además de la acción en la propia caracterización de la tipicidad, pues se inicia a distinguir su naturaleza valorativa, el tipo penal pasa de ser *ratio cognoscendi* a ser *ratio essendi* de la antijuridicidad, ya no es un simple indicio sino que implica la antijuridicidad, por ello pasa a hablarse del tipo de injusto, no limitándose a describir con neutralidad una conducta, sino que dicha descripción típica alude a una prohibición de una conducta, porque ésta lesiona algún bien jurídico.

Suarez & Otros (2002) “Su caracterización general continúa siendo objetiva, pero se inicia ya la inclusión de los denominados elementos subjetivos del tipo o del injusto, que se considera que son imprescindibles para que determinadas conductas puedan ser consideradas penalmente relevantes”<sup>27</sup>. (P.101)

Suarez & Otros (2002) “respecta a la **antijuridicidad**, ésta consiste en una concepción que ha sido catalogada como un elemento objetivo, valorativo y formal, atiende sólo a los aspectos externos de la conducta, que es valorada negativamente ya que produce resultados lesivos”.(P.101)

Suarez & Otros (2002) “Como su perspectiva es puramente formal, se entiende que la antijuridicidad, surge de la simple comprobación de que la conducta llevada a cabo es típica y no concurre ninguna causa de justificación que excepcionalmente impida su realización”(p.101), “con el avance del sistema causalista y ya en la etapa denominada neoclásica, la antijuridicidad sigue siendo predominantemente objetiva, igualmente valorativa, pero se da inicio a la consideración del concepto material de antijuridicidad al entenderla como dañosidad social de la conducta por lesionar o poner en peligro bienes jurídicos” (Suarez & Otros, 2002, p.101)

Suarez & Otros (2002) “Finalmente en lo que respecta a **la culpabilidad**, en la denominada clásica de éste sistema, se atendía al concepto psicológico de la culpabilidad, se atiende a un concepto descriptivo, concibiéndola como un

---

27

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ Carlos/JUDELPRÍETO, Angel/PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. “Manuel de Derecho Penal. Tomo I. Parte General”. CIVITAS, Barcelona, 2002, p. 101, explican que estas características corresponden a la etapa clásica del sistema causalista, ya que en la segunda etapa que es conocida como neoclásica, se produce una evolución tanto en la propia concepción de la acción como en su caracterización de la tipicidad, se efectúa una renuncia de los aspectos excesivamente biologicistas que no explican adecuadamente los denominados delitos espirituales como las injurias y las falsedades y se da inicio a la discusión sobre los aspectos de valoración en la categoría de la tipicidad.



nexo psicológico entre el autor y el hecho”, *“según la intensidad de este nexo, se da origen a las formas de culpabilidad, que en ese entonces era el dolo y la culpa, desarrollándose además el concepto de imputabilidad”* (p.102)

Suarez (2002) “En la denominada etapa neoclásica, la concepción psicológica de la culpabilidad es sustituida por su concepción normativa, introduciendo los conceptos de imprudencia inconsciente, y de situaciones de inexigibilidad, poniendo el acento en la reprochabilidad individual por el hecho cometido” (p.102)<sup>28</sup> .

#### **1.2.1.2 EL SISTEMA FINALISTA**

Suarez (2002) “Este sistema se diferencia esencialmente del sistema causalista en que, en éste nuevo, sí importa y sustancialmente el contenido de la voluntad, ya no basta la mera constatación de su existencia” (p.102)

Suarez (2002) “El principal exponente de este sistema es Hans WELZEL, quien pone énfasis en precisar que la voluntad no es el mero reflejo subjetivo en la mente del autor, del proceso causal externo, sino el factor que configura y dirige el proceso causal”. Este sistema se estructura en base a un diferente concepto de acción final que además impregna a los demás elementos del delito.(p.102)

La posición filosófica de WELZEL distingue entre el ser y el deber ser, la realidad y el valor, por ello el legislador se halla vinculado por realidades ónticas preexistentes, por lo que denomina estructuras lógico-objetivas que no puede desconocer, entre las que se encuentra la estructura final de la acción,

---

<sup>28</sup>

SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos, ib. p. 102, hace la distinción como en la etapa clásica de este sistema, la culpabilidad atiende a la concepción psicológica, mientras que en la etapa neoclásica se sustituye por la concepción normativa que realza la reprochabilidad individual.

Suarez (2002) “según ésta tesis la acción final consiste en el ejercicio de una actividad finalista, puesto que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de su conducta”(p.102), asignarse fines diversos y dirigir su actividad a la realización de éstos fines conforme a un plan, afirmaba que: “*la finalidad es vidente, la causalidad ciega*”, la finalidad ahora comprende”: (p.102)

- el fin propuesto
- las consecuencias que el autor consideraba necesariamente unidas a la consecución del fin,
- aquellas otras previstas como posibles y con cuya producción contaba.

Suarez (2002) “A raíz de ésta radical diferenciación de la acción, los conceptos de tipicidad y de antijuridicidad sufren radicales cambios, en la tipicidad se incluyen el dolo que es la finalidad dirigida a realizar los elementos objetivos”, del hecho típico deja de incluirse o de ser una forma de culpabilidad para convertirse en un elemento de carácter subjetivo del injusto típico.(p.103)

Suarez (2002) “Cuando la teoría finalista es objeto de fundadas críticas, por las incoherencias de su teoría para abarcar a los delitos imprudentes, WELZEL, reformula sus postulados y señala que en los delitos imprudentes existe una acción finalista real”, cuyo fin es generalmente irrelevante para el Derecho penal, pero no lo es en cambio el medio empleado para ello o su forma de utilización.(p.103)

Suarez (2002) “Su aporte fundamental para la dogmática penal – consideramos-, está constituida por la nueva caracterización sistemática del dolo y de la antijuridicidad, ahora “*se han subjetivizado*” (p.103), “han pasado a tener un carácter mixto y no objetivo como en el sistema causalista, mientras que la culpabilidad es compuesta por la imputabilidad” Suarez (2002, p.103) la conciencia de la antijuridicidad, que ahora en la culpabilidad sirve para efectuar una valoración en el juicio de culpabilidad, para determinar la reprochabilidad individual<sup>29</sup> . (p.103)

### 1.2.1.3 EL SISTEMA FUNCIONALISTA.

Surge como un intento de superación del binomio de los sistemas neoclásico - causalista- y del finalismo, para adecuar la estructura del delito a las finalidades del Derecho Penal moderno, se encuentra integrada por diversas tendencias que se caracterizan por orientar la sistematización de los conceptos y principios penales hacia criterios político - criminales derivados de los fines propios de la pena.

El funcionalismo critica que la dogmática penal ha perdido contacto con la realidad y que haya consagrado la teoría de los valores como un postulado fundamental sobre el que se asienta el sistema, considera que se debe soslayar la importancia del examen de la problemática de la naturaleza del valor fundamental y orientarse al desarrollo de una actividad investigatoria en la vida social, toda vez que el Derecho no tiene que delimitar ni proteger determinados valores, sino que *su propósito fundamental consiste en asegurar la estructura del sistema social y garantizar su capacidad de función.*

---

29

SUÁREZ-MIRÓ, Carlos, ibid.. p. 103, considera que la diferencia fundamental con el causalismo, consiste en la relevancia que la teoría finalista otorga al contenido de la voluntad y no solo a su existencia, Welzel precisa que la voluntad no es el mero reflejo subjetivo de la mente del autor, del proceso causal externo, sino por el contrario el factor que configura y dirige el proceso causal, comprendiendo la voluntad: el fin y las consecuencias unidas a este y otras que fueron previstas como posibles y con cuya producción contaba el agente.

### 1.2.2. EL FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO O RACIONALISTA:

Berruezo (2009) “Dentro del sistema funcionalista, que como se ha expresado existen diversas tendencias, una de la principales es liderada por el profesor alemán Claus ROXIN, quién elabora el que se ha denominado el funcionalismo teleológico o racional” (p.83), “que parte de los puntos de vista neokantianos, pero sustituyendo su orientación a los valores culturales por un criterio de sistematización específicamente jurídico - penal al que denomina: Bases político - criminales de la moderna teoría de los fines de la pena” Berruezo (2009, p. 83).

Berruezo (2009) “Considera ROXIN, que un sistema de Derecho Penal moderno, tiene que estar estructurado teleológicamente, es decir tiene que tender a finalidades valorativas, éstas finalidades considera el sabio alemán, sólo pueden ser de tipo político”. criminal pues los presupuestos de la punibilidad han de orientarse a los fines del Derecho Penal, en consecuencia considera que las categorías básicas del sistema tradicional la teoría analítica del delito se presentan como instrumentos de valoración político criminal, siendo irrenunciables para un sistema teleológico, se ha efectuado considerables aportes que consisten fundamentalmente en lo siguiente: (p.83)

- Perfila la teoría de la imputación objetiva, sustituyendo la categoría científico - natural de la causalidad por un conjunto de reglas orientado a las valoraciones jurídicas.
- Amplía la categoría de la culpabilidad a la categoría de la responsabilidad, comprende a la culpabilidad más las necesidades preventivas como fundamentación limitativa de la imposición de la pena. Berruezo (2009, p.83)

### 1.2.2.1 Los aportes del funcionalismo teleológico.

Berruezo (2009) “Considera que es acción u omisión, sólo aquello que constituye una manifestación de la personalidad del hombre, por eso se caracteriza a este sistema que defiende un concepto personal de acción”, sólo se le puede atribuir actos como “*centro espiritual de acción*”, la categoría de la acción tiene neutralidad valorativa, pero tiene a la vez un fin político - criminal. (p.83)

Berruezo (2009) “Respecto al tipo, se aprecia que se valora la acción desde el punto de vista de la necesidad abstracta de la pena, el fin político criminal de esta conminación penal abstracta es de carácter preventivo” general y pretende motivara al individual destinatario de la norma para que omita la actuación de ésta (en los delitos de acción) o ejecute la conducta ordenada) en los delitos de omisión). (p.83)

Se determina que:

- Conforme al principio de culpabilidad, que es un criterio político criminal rector del tipo, que excluye las lesiones de bienes jurídicos producidos por casualidad o como consecuencia de un *versari in re ilícita*.
- Todo tipo debe ser interpretado teleológicamente, abarcando completamente las conductas desaprobadas legalmente, pues de lo que se trata es de potenciar el efecto motivador preventivo-general.
- Al mismo tiempo, debe ser interpretado el tipo conforme al tenor de la ley, de un modo exacto.

Berruezo (2009) Con relación a la antijuridicidad, a la que ROXIN denomina injusto, precisa que, si bien el tipo acoge dentro de sí el elemento de la acción, el injusto está comprendido por la acción y el tipo ya que sólo las acciones típicas pueden ser o denominarse injusto penal.(p.83)

Explica que la antijuridicidad no es una categoría que corresponda exclusivamente al Derecho Penal, sino que en realidad abarca todo el ordenamiento jurídico, determinando las funciones del injusto: Berruezo (2009)

- Soluciona colisiones de intereses de forma relevante para la punibilidad de uno o varios intervinientes.
- Sirve de enlace para las medidas de seguridad.
- Entrelaza al Derecho Penal con todo el ordenamiento jurídico e integra sus valoraciones decisivas. (p.83)

Berruezo (2009) “El funcionalismo teleológico de ROXIN aporta asimismo el concepto de responsabilidad, con el que se trata de averiguar si el sujeto individual merece una pena por el injusto cometido (criterio del merecimiento de pena)”, su presupuesto esencial es la culpabilidad más la necesidad preventiva de punición, se afirma que la responsabilidad no mira al hecho (necesidad abstracta de pena) sino al delincuente (necesidad individual de pena). (p.83)

### 1.2.3 EL FUNCIONALISMO SISTÉMICO O SOCIOLOGICO

Berruezo (2009) “Este sistema propulsado por Gunther JAKOBS, se basa principalmente orientado a la idea de prevención-integración, de corte metodológico, que se fundamenta en la obra de Luhmann sobre la Teoría de los Sistemas Sociales” (p.83), la teoría de este sistema está compuesta de categorías sociológicas y guiadas por criterios de prevención general.

Los elementos del delito se definen en atención a su contribución prestada al mantenimiento de la estructura social La norma ya no tiene un significado lógico o valorativo primario, sino que se contempla como un hecho social más.

***El Derecho Penal atiende no a la protección de bienes jurídicos, sino al mantenimiento de la vigencia de la norma, es el axioma básico sobre el cual se construye esta teoría.***

Berruezo (2009) “La acción, que es definida como una causación de un resultado evitable, se debe entender como unidad de sentido socialmente relevante y el comportamiento se interpreta través de un esquema de comunicación socialmente relevante”. (p.83)

Berruezo (2009) “La evitabilidad, a diferencia de los otros sistemas donde pertenecía a la culpabilidad, forma ahora parte de la acción, define el contorno de la acción humana tanto en los delitos dolosos como en los imprudentes” (p.83), se afirma que falta la acción cuando acontece la producción de forma inevitable.

“La adecuación social que también se encontraba en la tipicidad en otros sistemas se traslada a la acción y determinaría a pesar de la presunta tipicidad formal, la conformidad con la función, impidiendo calificar el acontecimiento como acción”. Berruezo (2009, p.83)

Berruezo (2009) “El tipo de injusto es en ese sistema, el conjunto de los elementos con los cuales se define un comportamiento, la culpabilidad, es entendida como poder de actuar de otro modo y se determina su contenido exclusivamente” “atendiendo al fin de prevención general y finalmente considera equivocada toda delimitación realizada entre dolo e imprudencia realizada en virtud del criterio descriptivo psicológico de la conciencia, el concepto de autor se define de modo puramente normativista-funcionalista como sujeto de normas de imputación” Berruezo (2009, p.83), pudiendo aplicar en consecuencia el Derecho Penal incluso a las personas jurídicas.

### **1.3 EL TIPO PENAL**

#### **1.3.1.- Las categorías del delito:**

Las categorías del delito, que acepta nuestro ordenamiento jurídico penal, son las de conducta típica, antijurídica y culpable, o niveles de la teoría del delito, a pesar del gran debate que aún existe sobre si separar a la acción de los demás elementos, mayoritariamente se acepta que la acción se encuentra dentro de la conducta típica desde el finalismo -, la antijuridicidad que generalmente se evalúa en sus aspectos de faz negativa, es decir se aprecia si existen en el caso concreto, causas de justificación y la de culpabilidad que aluden a la responsabilidad del imputado.

Actualmente, se encuentra en debate el tema de sumar o no la punibilidad como una nueva categoría delictual, sin embargo, dejamos en claro que estos aspectos dogmáticos a pesar de ser tan importantes no serán desarrollados en esta



investigación por cuanto el diseño de nuestro trabajo está orientado al desarrollo de la categoría de la tipicidad.

### **1.3.2. La categoría de la tipicidad y su importancia en la estructura del delito.**

Berruezo (2009) “La importancia de la categoría de la tipicidad está expresada en las funciones que se le asigna al tipo modernamente, siendo la principal de ellas la función de garantía por el cual el tipo se constituye en el límite más importante” (p.83) del poder punitivo del Estado, expresado en el cumplimiento del principio de legalidad.

“En tal virtud todas las circunstancias que puedan permitir que a una persona luego de la instauración de un debido proceso penal se le imponga una pena, deberá estar contenidas en el tipo, por eso nuestra Constitución en su Art. 2, inciso 24 literal d) precisa que”: Berruezo (2009)

*“nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no está previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionada con pena no prevista en la ley”.* (p.83)

Berruezo (2009) “Añade BERRUEZO, que un tipo penal que aspire a ser realización del principio *“nullum crimen nulla poena sine lege”*, debe incluir entre sus elementos el carácter doloso o culposo de la acción que describe” (p.83)<sup>30</sup> . “Sin embargo, se ha puesto de relieve que la tipificación de un

---

<sup>30</sup>

BERRUEZO, Rafael. “*Delitos de Dominio y de Infracción de Deber*”, IB de F., Buenos Aires, 2009, p. 83, sostiene que, de lo contrario, este carácter no estaría sometido a la prohibición de analogía ni a la prohibición de retroactividad de la ley penal, ya que para que el tipo penal cumpla con la función de garantía, debe alcanzar a todos los elementos del delito y de la ley penal que se rigen por aquel principio.

determinado delito en el Código Penal o ley especial es insuficiente para garantizar el cumplimiento de esta función”<sup>31</sup> . Meini (2014, P.66)

Meini (2014) “Además de esta función, se ha desarrollado en la doctrina penal la denominada función motivadora del tipo penal, según la cual en el Derecho Penal debe establecerse de manera clara y taxativa cuáles son las conductas punibles”, permitiendo precisar cuáles son los comportamientos humanos penalmente relevantes, por esa razón se ha expresado que los tipos que contiene la Parte Especial del Derecho Penal, establecen un verdadero catálogo de infracciones penales. (p.66)

Meini (2014, P.66) “Finalmente se ha identificado a la función motivadora, según la cual los tipos penales indicarán a los ciudadanos cuáles son las conductas prohibidas y cuya infracción acarrea la imposición de una sanción: La pena” (p.66)

.

Meini (2014, P.66) “De tal forma con esta regulación se pretende que el Estado motive las conductas de los ciudadanos, para que éstos ajusten su comportamiento a las prohibiciones y mandatos que se elaboran para proteger a los bienes jurídicos”.(p.66)

Meini (2014, P.66) “Sin embargo, esta función también ha sido sometida a crítica por la doctrina, como la que sostiene MEINI, quién señala que la motivación que pretende el derecho penal, no se consigue con el conocimiento

---

31

MEINI, Iván. *“Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito”*. Fondo Editorial de la PUCP. Lima 2014, p. 66, anota que si en realidad se quiere asegurar que nadie sea sancionado por un comportamiento que no esté tipificado como delito, es necesario además interpretar teleológicamente la ley penal, para saber cuáles son los comportamientos de riesgo para el bien jurídico que se prohíben y será necesario además que dentro de un proceso penal se respeten las garantías procesales fundamentalmente las que se vinculan con la actividad probatoria.

de la ley positiva”, no sólo porque la gran mayoría de personas no la conocen, sino porque aún, cuando la conocieran, su interpretación difícilmente sería en el mismo sentido que lo hace la jurisprudencia<sup>32</sup>. (p.66)

### 1.3.3 Clasificación de los tipos penales:

García (2008) “Debido a que la categoría de la tipicidad establecen los elementos que conforman la estructura de cada figura delictiva, las diversas formulaciones de las conductas delictivas contenidas en los tipos de la parte especial”, llevan a que se presenten diferencias entre las estructuras de los tipos penales, estableciendo la doctrina diversas clasificaciones de los tipos penales en orden a tratar de reflejar dichas diferencias<sup>33</sup> (p.311), en ésta parte de la investigación **seguimos en su mayor parte la clasificación propuesta por el profesor peruano Iván MEINI, la que desarrollamos a continuación.**

### 1.3.4. En relación con las modalidades objetivas del delito

#### 1.3.4.1. Tipos penales de mera actividad y tipos de resultado

García (2008) “Los tipos penales de **mera actividad** son aquellos que describen únicamente el comportamiento de riesgo prohibido, no prevén la causación de un resultado separable espacial y temporalmente. Como ejemplo clásico de estos tipos cabe citar el texto del art. 127° del Código penal” (p.311), que sanciona la conducta del que omite prestar ayuda al que se encuentra en situación de peligro, independientemente de si la persona que necesita el auxilio pueda o haya logrado superar dicho peligro.

---

<sup>32</sup>

MEINI, Ibídem, p. 66.

<sup>33</sup>

GARCÍA CAVERO, Percy. “Lecciones de Derecho Penal. Parte General”, GRILEY, Lima, 2008, p. 311, quien en el mismo sentido, afirma que estas diferencias marcan criterios distintos para determinar la tipicidad de una conducta, por lo que deben tenerse en cuenta de cara a orientar a los operadores jurídicos en la determinación de los aspectos relevantes para afirmar la tipicidad de una conducta concreta.

Meini (2014) “Sostiene MEINI que, en el ámbito de la consumación, los delitos de mera actividad no presentan mayores problemas, ya que la sanción obedece únicamente a la realización del comportamiento” (p.90).

Meini (2014) “Por su parte los **delitos de resultado** requieren además del comportamiento delictivo, que se produzca un resultado “*que se separa en el tiempo y en el espacio del comportamiento que le antecede*”, apreciándose que la mayoría de los delitos contra el patrimonio como el hurto, robo, daños y estafa han sido redactados incluyendo un resultado, agrega el autor citado que, en todos estos casos, la ley penal prevé un resultado que excede al tipo de lo injusto. (p.90)

Meini (2014) “El resultado material según el citado profesor de la PUCP, es un efecto del delito, su ubicación temporal es posterior a su consumación, no pertenece al tipo penal, incide posteriormente en la necesidad de pena, en su individualización”, se identifican en consecuencia adoptando esta postura que compartimos en esta investigación varias consecuencias: (p.90)

- Respecto a la consumación delictiva, ésta no depende que el resultado se produzca, la consumación depende solo únicamente que se realice el comportamiento de riesgo prohibido para el bien jurídico.
- En la intervención delictiva –autoría directa, coautoría, autoría mediata, participación como instigador o cómplice. Esta la intervención- sólo es admitida antes o durante la realización del comportamiento típico.

- En el tema concursal, tanto los supuestos de concurso ideal como real se analizan prescindiendo de los resultados materiales que puedan generar, solo se analizan comportamientos.

#### 1.3.4.2. Tipos activos y tipos omisivos

Meini (2014) “Los activos, son aquellos que prohíben la realización de un comportamiento y se realizan mediante acciones o comportamientos activos, mientras que los tipos omisivos se llevan a cabo mediante un comportamiento omisivo” donde existiría la exigencia de realizar un comportamiento determinado que finalmente no se realiza. (p.90)

Meini (2014) “A su vez los de **omisión propia**, se caracterizan por no realizar la acción que se espera realice el agente, **es un delito de mera actividad**, mientras que los delitos de **omisión impropia** o de comisión por omisión serían tipos de resultado”, que se realizan mediante un comportamiento omisivo, donde además se exige la posición de garante que permita equiparar el comportamiento omisivo al activo. (p.90)

#### 1.3.4.3. Tipos de medios determinados y tipos resultativos.

Los de **medios determinados** se caracterizan porque la tipicidad del comportamiento depende de que se realice alguno de los medios señalados taxativamente por la ley, por ejemplo, el delito de estragos previsto por el art. 276 del Código Penal, señala que puede ser causado por medio de inundación, derrumbe y otros.

Meini (2014) “Mientras que **los resultativos**, no prevén los medios para vulnerar la norma penal, sólo se describe la producción de un resultado sin importar el medio que se utilice” (p.90)

#### **1.3.4.4 Tipos de un acto y de actos alternativos.**

Los de un acto se cometen mediante un único comportamiento; mientras que los de varios actos, requieren de varios, al igual que los alternativos. Meini (2014, p. 90)

#### **1.3.5. En relación con las modalidades subjetivas:**

##### **1.3.5.1. Tipos dolosos y tipos culposos**

Meini (2014) “En general todos los tipos tienen una modalidad dolosa, mientras que la modalidad culposa es prevista con carácter de excepción, según lo dispuesto por el artículo 12° del Código Penal”. (p.90)

Meini (2014) “En ambas modalidades se presenta la misma estructura objetiva, ya que la tipicidad objetiva consiste en someter a un bien jurídico que se encuentra protegido, a una situación de riesgo”, (p.90) se diferencia por el grado de conocimiento del riesgo para el bien jurídico que entraña el comportamiento del agente

##### **1.3.5.2. Tipos de tendencia trascendente y de tendencia**

###### **Intensificada.**

Existen algunos tipos que exigen que el sujeto activo actúe con alguna subjetividad adicional y se habla de elementos subjetivos distintos del dolo, se distinguen en: Meini (2014, p.90)

- **Tipos con elementos subjetivos de tendencia interna trascendente**, donde el sujeto persigue una finalidad concreta que trasciende al comportamiento típico exigido y que no es necesario para la consumación del tipo, se distinguen en: (i) **tipos mutilados de dos actos**, donde el sujeto pretende un acto posterior al comportamiento típico que ha de ser realizado por él mismo – ejemplo el art. 296° segundo párrafo del Código Penal-, mientras que en los **de resultado cortado** el autor busca un resultado que no depende de él –por ejemplo el delito de contabilidad paralela, previsto por el art. 199° Del Código penal (Meini, 2014, p.90)

- **Tipos con tendencia interna intensificada**, “en los que el comportamiento ha de realizarse con una específica intención, tienen que estar expresamente previstos por la ley penal, como por ejemplo el asesinato por placer previsto por el art. 108° inciso 1 del Código penal” (Meini, 2014, p.90)

### **1.3.6. En relación con los sujetos:**

#### **1.3.6.1. Tipos comunes y tipos especiales.**

(Meini, 2014) “Los tipos comunes son aquellos que pueden ser cometidos por cualquier persona como autor, sin que el tipo contenga mayores exigencias, generalmente su redacción hace referencia a un sujeto indeterminado con la fórmula “el que...”. (p.90)

Los tipos comunes admiten todas las formas de intervención delictiva, como autoría directa, coautoría, autoría mediata y participación.

(Meini, 2014) “Los tipos especiales son aquellos donde el círculo de autores se encuentra restringido, los tipos especiales exigen una cualidad o cualificación especial que ha de tener el sujeto para responder como autor” (p.90), por ejemplo, los delitos funcionariales o delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios público.

(Meini, 2014) “En los tipos especiales se presenta además el problema de la participación de los sujetos *extranei*, que son aquellos que no ostentan las calidades exigidas por el tipo y que en sede nacional”. Se resuelve acudiendo a la antigua teoría de la Unidad del título de imputación o a de la ruptura del mismo”. (Meini, 2014, p.90)

(Meini, 2014) “Los tipos especiales aceptan además otra subdivisión en especiales propios, donde la cualidad especial fundamenta la responsabilidad penal y no se corresponden – no tienen equivalencia con un delito común- mientras que los especiales impropios”, la cualidad sólo es una agravante y tienen correspondencia con un tipo común, como el delito de peculado con el de apropiación ilícita. (p.90)

#### **1.3.6.2. Tipos de propia mano.**

(Meini, 2014) “Son aquellos que requieren que el comportamiento sea realizado personal y directamente por el autor”. Son rechazados por gran parte de la doctrina penal que considera que con una interpretación teleológica adecuada se superaría la aparente exigencia de intervención personal a que se alude con esta clasificación.(p.90)

#### **1.3.6.3. Tipos de intervención necesaria: Tipos de encuentro y**



### **tipos de convergencia.**

“Existen delitos cuya configuración ha sido redactada de tal manera que el delito puede ser cometido por una sola persona o por varias de ellas: Los denominados **delitos monosubjetivos**” (Meini, 2014, p.90)

Además la doctrina penal ha identificado los denominados **delitos plurisubjetivos o de intervención necesaria**, donde el tipo penal requiere necesariamente la intervención de una pluralidad de personas, no resultando posible la realización del tipo por una sola persona, GARCÍA CAVERO ha precisado que dentro de la intervención necesaria puede distinguirse: (Meini, 2014)

- Los **delitos de convergencia**, donde se exige que la conducta típica sea realizada por varios sujetos con actos similares y en la misma dirección para la afectación del bien jurídico.
- Los **delitos de encuentro**, contemplan o regulan actos provenientes de distintas direcciones que se complementan entre ellos para la configuración del delito, como el delito de colusión previsto por el Art. 384° del Código penal. (p.90)

### **1.3.7. En relación con el bien jurídico:**

#### **1.3.7.1. Tipos básicos, agravados y atenuados.**

(Meini, 2014) “Generalmente se adopta por los Códigos Penales, delitos vinculados por un bien jurídico y se establecen tipos básicos a partir de los cuales se construyen tipos agravados y tipos atenuados”, los elementos que constituyen los tipos básicos son considerados

elementos esenciales, mientras que los elementos que agravan o atenúen la sanción son considerados elementos accidentales. (p.90)

#### **1.3.7.2. Tipos complejos o pluriofensivos**

(Meini, 2014) “Son tipos que tutelan más de un bien jurídico, siendo el ejemplo paradigmático el del robo que no sólo protege el patrimonio sino también la vida o la salud”. (p.90)

### **1.3.8. En relación con el grado de afectación del bien jurídico:**

#### **1.3.8.1. Tipos de lesión**

(Meini, 2014) “Se caracterizan porque el comportamiento típico implica la efectiva lesión del bien jurídico; sin embargo, esta lesión no debe ser confundida con el resultado material de los llamados delitos de resultado”, toda vez que muchos de los denominados delitos de mera actividad también son considerados delitos de lesión, tampoco debe confundirse con la mutación o destrucción del objeto material del delito, ya que éste puede variar sin que el delito se lesione. (p.90)

#### 1.3.8.2. Tipos de peligro concreto y peligro abstracto

(Meini, 2014) “En la formulación de los **delitos de peligro**, se utiliza el adelantamiento del momento de la intervención del Derecho Penal, generalmente se usa para tipificar los delitos donde se protegen bienes colectivos” (p.90)

En los delitos de **peligro concreto**, se requiere que el comportamiento coloque al bien jurídico en una situación de peligro real existente, por ello lo de concreto, esta situación de peligro es constatable y tiene que ser demostrada en el proceso penal respectivo. “Los tipos de peligro concreto se corresponden con los delitos de resultado, ya que el comportamiento prohibido es el acto que pone en peligro el bien jurídico y la situación de peligro concreto desencadenada es el resultado previsto por el tipo penal” (Meini, 2014, p.90)

(Meini, 2014) “Mientras que, en los delitos de peligro abstracto, se describe un comportamiento cuya realización sólo se presume, crea un peligro para el bien jurídico, su valoración se efectúa con la técnica *ex ante*”, ya que el legislador presume, sin prueba en contrario que la consecuencia del comportamiento típico es la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.(p.90)

#### 1.3.9. En relación con la forma y el momento de consumación:

(Meini, 2014) “Los tipos de **consumación instantánea**, en un instante sin necesidad que el autor mantenga en el tiempo la situación

antijurídica de riesgo para el bien jurídico. Por ejemplo, el delito de hurto” (p.90)

Los **tipos permanentes**, si requieren que el agente prolongue en el tiempo el estado antijurídico de peligro para el bien jurídico.

“Los **delitos de estado**, son delitos de consumación instantánea pero de efectos permanentes, pero no pueden ser imputados al sujeto porque dichos efectos no vulneran la norma penal y el agente no tiene posibilidad de control sobre ellos”. (Meini, 2014, p.90)

(Meini, 2014) “En lo que se refiere al momento de **consumación delictiva** debemos sumarnos a la posición del profesor MINEI que considera al respecto de la distinción entre delitos instantáneos, de consumación permanente y de estado”, que *“al ser el delito un comportamiento de riesgo para el bien jurídico descrito en la ley penal y habiéndose cumplido con los elementos objetivos y subjetivos la consumación debe darse de manera instantánea cuando el bien jurídico sea sometido a la situación de riesgo prohibido, en consecuencia, cabe afirmar que “todos los delitos se consuman de manera instantánea”*<sup>34</sup> (p.90)

Villavicencio (2006) “En el mismo sentido afirma VILLAVICENCIO TERREROS, que al ser la consumación un concepto formal, que equivale a la realización precisa de un tipo, el delito está consumado con el total cumplimiento del tipo, con la realización de todos los elementos integrantes del mismo”. **“Esencialmente significa que el agente alcance el objetivo planeado mediante los medios que utiliza.** Pone el autor nacional como ejemplo el delito de **hurto previsto**

---

34

MEINI MÉNDEZ, Iván. Lecciones de Derecho penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito”, Fondo Editorial de la PUCP, Lima, 2014, p. 90, considera que el delito es un comportamiento de riesgo prohibido para el bien jurídico que se describe en la ley con los elementos objetivos y subjetivos y la consumación del delito se dará siempre de manera instantánea cuando el bien jurídico sea sometido a la situación de riesgo prohibido.

por el art. 185° del Código penal, donde el momento de la consumación considera efectuada con el apoderamiento del bien mueble<sup>35</sup>. (Villavicencio, 2006, p.422).

## **CAPÍTULO II CONSIDERAR QUE EL HURTO ES UN DELITO DE MERA ACTIVIDAD, EL MISMO QUE SE CONSUMA CON LA PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICO QUE PROTEGE.**

### **2.1. LOS MOMENTOS DE DESARROLLO DEL DELITO**

#### **2.1.1 La tentativa.**

Dentro del proceso que lleva a la realización del delito se ha trazado idealmente las etapas consecutivas que sigue éste “camino del delito”, lo que se denomina el *íter criminis*, estableciéndose como señala VILLAVICENCIO TERREROS, que esta construcción del proceso delictivo en base a etapas o momentos se realiza para efectos didácticos, para verificar sus momentos básicos<sup>36</sup>.

En la realización del delito, se ha distinguido la fase interna que se desarrolla en la mente del autor, donde se produce la ideación<sup>37</sup>, que es el desarrollo de la idea delictiva, solo él conoce como ha trazado su plan ejecutivo delictual, distinguiéndose

---

<sup>35</sup>

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho penal. Parte General”, GRIJLEY, Lima, 2006, p. 422, pone de relieve como en algunos casos es importante el momento consumativo en su acepción formal, pues en algunos casos el legislador decide considerar consumado un delito incluso en etapas de tentativa o de preparación. (resaltado y subrayado nuestro)

<sup>36</sup>

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, “Derecho Penal. Parte General”. GRIJLEY, Lima p 423.

<sup>37</sup>

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”, GRIJLEY, Lima 2006, p. 416, sostiene que en este proceso de ideación que se forma en la mente del sujeto, puede apreciarse a su vez la fase de la deliberación, en algunos casos la premeditación y finalmente la resolución donde el agente decide realizar el acto delictivo, como regla general debe señalarse que toda ideación es impune.

de la fase externa, de donde se exterioriza este plan delictivo, esta fase a su vez está constituida por:

**a. Los actos preparatorios del delito**, que son comportamientos que se encuentran entre la fase interna - o más bien su exteriorización- y el comienzo de la ejecución típica del delito, generalmente son impunes, salvo excepciones concretadas por el legislador y pueden ser de diversa índole y duración, dependiendo de la clase del plan que haya trazado el agente.

**b.La tentativa**; está constituida por los actos que se extienden desde el momento en que comienza la ejecución, hasta antes de la consumación, precisa VILLAVICENCIO que sus límites por ello son: el comienzo de la ejecución típica y su no consumación.

**c.La consumación**; se corresponde con la realización del tipo penal correspondiente, cuando se hayan realizado los elementos que lo integran, por ejemplo, en el delito de hurto previsto por el Art. 185° del Código penal, el momento de la consumación se verifica cuando el agente se apodera del bien mueble.

**d.El agotamiento el delito**; esta fase que algunos autores, denominan de consumación material, se presenta cuando el agente ha realizado los elementos que configuran el tipo penal, pero además ha conseguido alcanzar la intención que se había propuesto, para establecer una sanción, basta con que el delito esté consumado.

Explica el profesor nacional VILLAVICENCIO, que ésta diferencia entre consumación y agotamiento tiene efectos prácticos, por ejemplo, en los tipos de peligro, en los de

resultado cortado o mutilados de dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar<sup>38</sup>.

### **2.1.2. El concepto de tentativa.**

El art. 16° del Código penal peruano establece que: *“En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo. El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena”*.

Conforme a esta disposición del enunciado jurídico, se puede determinar que los actos de ejecución implican como precisa GARCÍA CAVERO, la utilización concreta de los medios elegidos con la finalidad de crear las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo deseado, sin lograr su cometido.

Para determinar la concreción de la tentativa, consideramos que se debe tener en cuenta que las formulaciones de los distintos tipos penales de la Parte Especial están diseñadas, teniendo en cuenta que han sido pensados para delitos consumados, constituyéndose este factor, como refiere MUÑOZ CONDE, en el punto de referencia que tiene en cuenta el legislador a la hora de configurar dichos tipos delictivos.

La doctrina penal ha establecido que los actos de ejecución del delito tienen que responder a una misma política criminal, por eso es mayoritaria la concepción de que la tentativa *no es más que una causa de extensión de la pena*, que responde justamente a la necesidad político criminal de extender la

---

<sup>38</sup>

VILLAVICENCIO TERREROS, “Derecho Penal...” cit. p. 423.

conminación penal –legislada para los delitos consumados - que contiene una amenaza prevista para los casos que aún no consuman el delito, pero que están muy próximas a dicha consumación y además que han sido desplegadas con la voluntad de conseguirla, es decir de llevarlas a cabo hasta el final, pero que por diversas razones no se pudo conseguir ésta tarea <sup>39</sup> .

En realidad, la tentativa, que consiste en *la interrupción del proceso de ejecución tendente a alcanzar la consumación delictiva* se extiende como precisa VILLAVICENCIO TERREROS desde el momento en que comienza la ejecución -art.16° del Código penal-, hasta antes de la consumación <sup>40</sup> .

### 2.1.3. La tentativa y su clasificación.

En Derecho penal se ha sentado la distinción entre tentativa inacabada y tentativa acabada, para lo cual se tiene en cuenta fundamentalmente la representación del autor en base al estado de realización del hecho, para ello además debe recordarse las diversas teorías que se han postulado en la dogmática penal acerca del comienzo de ejecución del delito.

Mientras que la antigua **teoría objetiva** distinguía los actos preparatorios de los actos de ejecución recurriendo a la fórmula de establecer una diferencia entre

---

<sup>39</sup>

MUÑOZ CONDE, Francisco. “Derecho Penal. Parte General”, Tirant lo Blanch, Valencia 1998, p. 401, afirma en este sentido que: El delito primario y punto de referencia de la intervención del Derecho penal, es el delito en su forma consumada. No existe una tentativa en sí misma, sino la tentativa de consumir algo. De tal suerte que la redacción legal de la tentativa solo adquiere sentido si se pone en conexión con la correspondiente norma penal completa en la que se describe el supuesto de hecho del delito consumado.

<sup>40</sup>

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal. Parte General”, GRILEY, Lima, 2006, p. 421, precisa que estas interrupciones pueden ser voluntarias como el desistimiento, o involuntarias producidas por causas externas o accidentales, resalta además que en los casos imprudentes no se acepta la tentativa y que es de aplicación general estos supuestos de tentativa para todos los delitos dolosos.



actos equívocos y actos inequívocos dirigidos al delito, que eran muy difíciles de precisar.

La **teoría formal – objetiva**, exige que el autor haya realizado en forma efectiva una parte de la propia conducta típica, penetrando así en el núcleo del tipo, sin embargo, su dependencia del carácter ambiguo del lenguaje, la volvía insegura e imprecisa. La teoría material–objetiva pretende complementar la anterior, tratando de establecer un criterio material de distinción.

Finalmente, la más aceptable, la **teoría objetivo-individual**, según la cual la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo, VILLAVICENCIO anota las características positivas de esta teoría como el plan delictivo del autor, el criterio de inmediatez temporal, para la realización del plan del autor o la puesta en peligro inmediata del bien jurídico<sup>41</sup>.

#### **2.1.3.1. Tentativa acabada**

Se presenta cuando el agente, según la representación de los hechos que ha desplegado, ha realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito, pero el resultado no se verifica o por la decisión voluntaria del mismo, regulada en la figura del desistimiento prevista por el art. 18° del Código Penal o por la presencia de una circunstancia externa que regula el Art. 16° del mismo código.

**¿Cómo se establece la línea divisoria entre tentativa acabada e inacabada?**

---

<sup>41</sup>

VILLAVICENCIO TERREROS, “Derecho Penal...”, pp. 428-433.

Según el tratadista nacional VILLAVICENCIO, debe acudirse a criterios de naturaleza objetiva para lograr tal distinción, éste problema se presenta en casos en que el agente en el momento que interrumpe la ejecución conocía la posibilidad de seguir realizando la acción, pero no lo hizo, hay dos posiciones que ha elaborado la dogmática penal: **(i) la teoría de la consideración global**, según la cual en éstos casos debería admitirse el supuesto de tentativa inacabada, siempre que los actos realizados y que se han dejado de realizar constituyan una unidad natural de acción; y la **(ii) teoría de la consideración individual**, que toma en cuenta si el agente ha estimado como adecuada a los actos realizados para la producción o la no producción del resultado. Es tentativa acabada según esta teoría, si el agente ha evaluado que el acto realizado resulta adecuado por sí mismo para consumir el delito por el contrario será tentativa inacabada.

#### **2.1.3.2. El desistimiento en la tentativa acabada**

Se presenta cuando el agente, ha realizado todos los actos necesarios para la producción del resultado y desarrolla una nueva actividad para impedirlo.

Como se aprecia, en esta modalidad de desistimiento el agente necesariamente debe actuar mediante acciones, para impedir el resultado, a diferencia del supuesto de tentativa inacabada, donde el sujeto se abstiene de proseguir con la ejecución<sup>42</sup>.

---

42

VILLAVICENCIO TERREROS, "Derecho Penal...". cit. p. 443, recuerda que un sector de la doctrina penal descarta la posibilidad de desistir en una tentativa acabada, restringiendo el desistimiento a la tentativa inacabada. En este sentido, refiere, las alternativas planteadas en el artículo 18° del Código penal (proseguir los actos de ejecución, impide que se produzca el resultado) deberán ser vistas no como las modalidades del desistimiento en la tentativa inacabada y acabada respectivamente sino como formas de desistimiento de la tentativa inacabada comisiva y la tentativa inacabada omisiva.

Asimismo, este desistimiento debe ser de carácter voluntario y requiere que no se haya descubierto la acción, es decir el hecho delictivo no sea descubierto por personas que podrían tener la capacidad de evitarlo, debe ser también definitivo y debe ser eficaz, es decir no debe haberse producido el resultado, no hay desistimiento si hay resultado.

#### **2.1.3.2. Tentativa inacabada**

Este supuesto se presenta cuando el agente, según la representación de los hechos que tiene en el instante que toma la decisión, no ha realizado lo necesario para alcanzar el resultado propuesto, por haberse presentado una circunstancia originada voluntariamente por el mismo agente, y estaríamos en el caso del desistimiento del art. 18° del Código Penal o por circunstancias externas del art. 16° del Código penal.

#### **2.1.3.3. El desistimiento en la tentativa inacabada**

La figura del desistimiento se encuentra previsto por el artículo 18° del Código penal con el siguiente texto:

**“Art. 18°.- Desistimiento voluntario**

Si el agente se desiste voluntariamente de proseguir los actos de ejecución del delito o impedir que se produzca el resultado, será penado sólo cuando los actos practicados constituyan por sí otros delitos”.

Como se aprecia es el desistimiento, es decir su decisión voluntaria, la que impide la consumación delictiva, este desistimiento debe ser eficaz<sup>43</sup>,

---

43

VILLAVICENCIO TERREROS, “Derecho Penal...”, cit .p. 441, añade que el desistimiento no será voluntario si existe un impedimento que puede ser físico, ej. Disparar sobre una persona que posee un chaleco protector y luego abstenerse de seguir disparando; o quien es rechazado físicamente por la víctima de violación;

sostiene VILLAVICENCIO, que es imprescindible que la consumación del delito no se produzca, en casos en que ya se ha consumado el delito, sólo debería admitirse el desistimiento si la desviación del desarrollo causal que el agente se representó ha sido total. Este autor cita el ejemplo del agente que piensa en matar a otro de cinco disparos, pues es un mal tirador; al efectuar el primer disparo éste desiste de continuar con la acción por temor a la pena y pretende auxiliar a la víctima, sin embargo, por azar ése disparo fue suficiente y la víctima está muerta.

La naturaleza jurídica del desistimiento, es considerada por algunos autores como causal de atipicidad, como causal de inculpabilidad o como excusa absolutoria personal, existiendo además la posición de VILLAVICENCIO, que la considera como una causa personal que cancela la punibilidad, y además que no pertenece a la teoría de la imputación, pues en realidad se trata de un problema de determinación judicial de la pena, pues el principal efecto o consecuencia del desistimiento es que éste sólo favorece al que lo ha practicado y no a los demás, si existieran más intervinientes en el delito<sup>44</sup>.

## **2.2. La consumación en el delito.**

El legislador en forma general, toma en cuenta o tiene en mente en la redacción de los diferentes tipos legales, donde se describen los elementos principales de la tipicidad correspondiente a cada uno de los delitos, que éstos están referidos a los delitos consumados, debiendo entenderse en consecuencia que cuando

---

si se presenta una amenaza del sistema penal que puede conducir a la punición del hecho. Tampoco el desistimiento es voluntario cuando el sujeto no actúa, como producto de una coacción.

<sup>44</sup>

VILLAVICENCIO TERREROS, *Ibíd.*, p. 439.

hablamos de consumación nos estamos refiriendo a la plena realización del tipo en todos sus elementos<sup>45</sup>.

Cuando se efectúa la consumación delictiva para diferenciarlos de otras conductas, también delictivas entran en consideración conceptos tales como el *litter criminis*, actos preparatorios, consumación anticipada, delitos de peligro y otros, toda vez que no es lo mismo el momento de consumación delictiva por ejemplo en los delitos de resultado como el de homicidio, que se consume con la muerte del sujeto pasivo, que es un delito de tendencia interna trascendente, como el previsto por el segundo párrafo del art. 296° del Código penal que sanciona el delito de tráfico ilícito de drogas.

En consecuencia, se ha distinguido la **consumación formal** que atiende a la formulación típica fundamentalmente, de la denominada **consumación material**<sup>46</sup>, –agotamiento o terminación del delito, donde precisa MUÑOZ CONDE, el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que además consigue satisfacer la intención que perseguía, sin embargo debemos anotar que ésta denominada consumación material se encuentra más allá de las previsiones típicas y por tanto carece de relevancia jurídico penal<sup>47</sup>.

---

45

MUÑOZ CONDE, op. cit. p. 458, agrega que si bien es verdad que el legislador establece que en los tipos delictivos de resultado la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo, hay casos en que puede adelantar la consumación a un momento anterior, el legislador ya no espera la producción del resultado lesivo sino que declara consumado el hecho en un momento anterior.

46

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. “Derecho Penal...” cit. p. 423, señala que esta consumación material se presenta cuando el sujeto no solo realiza todos los aspectos exigidos por el tipo, sino que además consigue alcanzar la intención que perseguía, citando como ejemplo el caso del hijo que obtiene la herencia luego de matar al padre –art. 107 del CP-

47

MUÑOZ CONDE, op. cit. p. 459, pone de relieve que lo afirmado es de carácter general, pero pueden existir casos donde la previsión legislativa haga coincidir consumación formal con consumación material, siendo necesario para ello su definición expresa, al respecto por ejemplo existen posiciones que niegan la calidad de

La consumación es importante pues tiene efectos jurídicos para los supuestos de prescripción, participación delictiva, concurso de delitos, cumplimiento de condiciones objetivas de penalidad.

### 2.2.1. El concepto de consumación.

La consumación de un delito es la realización de todos los elementos típicos previstos por el legislador en los códigos o leyes especiales respectivas, es un concepto de carácter formal<sup>48</sup>, se consuma un delito cuando se ha cumplido con todas las exigencias típicas. El agente logra alcanzar los objetivos que se trazó desde la fase interna del delito, actuando los medios que le ayudan a lograr la realización de su plan delictivo.

Justamente es este carácter formal de la consumación delictiva, el que permite dar por consumado un delito sin que se requiera la fase agotamiento delictiva, es decir sin que se requiera el logro de la intención del agente luego de la realización del delito, por esta razón sus efectos se aprecian en los supuestos de delitos mutilados de dos actos o de resultado cortado, donde se adelanta la represión a un momento anterior.

En los delitos de resultado también se aprecia nítidamente este momento, por ejemplo, en el delito de hurto, previsto por el art. 185° del Código penal, la consumación se lleva a cabo con el apoderamiento del bien mueble por parte del sujeto activo.

---

elementos subjetivos del injusto distintos del dolo en los casos de delitos contra el honor, a pesar que hasta hace algunos años ello era aceptado mayoritariamente por la jurisprudencia nacional.

<sup>48</sup>

ROJAS VARGAS, Fidel. “El Delito, Preparación, Tentativa y Consumación”, IDEMSA, Lima, 2009, p. 493, explica que se sostiene que la consumación es un concepto esencialmente jurídico formal, pues en muchos de los supuesto típicos no se exige **materialidad consumatoria**, es decir resultados objetivos expresados en hechos verificables, conformándose la exigencia típica de la consumación con una estimación de índole formal, como por ejemplo en los supuestos de delitos de peligro, de simple actividad, de emprendimiento y de omisión.

La consumación del delito sostiene en el mismo sentido ROJAS VARGAS, es el presupuesto jurídico más importante del ilícito penal posesionado a nivel típico, es en realidad la última fase del *íter criminis*, resultando pertinente resaltar la distinción que efectúa el autor nacional al precisar que *la consumación se define a nivel del tipo penal*, pues los actos de ejecución se producen a éste nivel, pero para poder hablar de la configuración del delito o mejor de la configuración integral del delito, se tendrán que realizar –necesariamente- los otros presupuestos que le son inherentes, como la antijuridicidad y la culpabilidad, en otras palabras afirma que *cuando se hace referencia a la consumación del delito aún nos movemos en el terreno de la tipicidad*.

Se han resaltado además, las diferencias terminológicas de la consumación con otros términos que generalmente se utilizan en el quehacer diario de los juristas, como el de realización del delito, que es un término cuya denotación es más amplia que el de consumación, pues abarca todo el proceso del delito incluyendo al preparatorio y al ejecutivo, es un concepto de carácter genérico, de otro lado el término ejecución, debe entenderse como referido al proceso externo material del delito, que se inicia con los actos ejecutivos, que en un desarrollo gradual concluyen justamente al iniciarse la consumación del delito<sup>49</sup>.

---

49

ROJAS VARGAS, “Delito...” cit. p. 499, precisa que la consumación a diferencia de la realización está más circunscrito al presupuesto teleológico terminal del delito en su nivel típico y/o a las estimaciones normativas. Asimismo, respecto a la ejecución explica que no es correcto referirse a este término, comprendiendo en ella a los actos de preparación, los cuales considerados en sí mismos pueden asumir ejecución, pero contemplados en función del delito carecen de sustantividad.

### 2.2.2. Consumación y resultado.

Estos conceptos que se encuentran íntimamente relacionados en Derecho penal, han sido también objeto de muchas críticas, contradicciones y de posiciones contrapuestas, lo que obliga a efectuar algunas consideraciones.

El resultado, a diferencia del concepto de consumación que es de carácter formal refiere ROJAS VARGAS, es un concepto óntico -jurídico, que se define en virtud a un hecho determinado, previsto y teleológicamente querido o admitió como consecuencia de la acción u omisión típica del agente<sup>50</sup>.

Con la evolución producida por la dogmática del Derecho penal el resultado ha dejado de ser la modificación del mundo externo como sostenía la teoría causalista, ahora se ha determinado que también es resultado la posibilidad de dicha modificación, como por ejemplo lo demuestran los delitos de peligro, por ello ahora se habla en doctrina penal de la “cabal realización del injusto típico”.

Ahora el resultado en Derecho penal puede ser entendido:

**a.Como componente del hecho típico consumado** donde se verifica el desvalor del resultado traducido en la lesión del bien jurídico, que se observa en los delitos de lesión, generalmente mal llamados delitos de resultado.

**b.Como grado específico de ejecución**, donde se puede prescindir de la ocurrencia de la lesión, incluso puede apreciarse en el ámbito del nivel resultado admisible en la preparación funcional: Actos preparatorios punible, pues ambas caracterizaciones ponen en puesta en peligro el bien jurídico, como además lo señala el art. IV que

---

50

ROJAS VARGAS, ibid. 500.



establece el principio de lesividad del Título Preliminar del Código penal<sup>51</sup>.

### **2.2.3. Los delitos según el momento consumativo**

El problema de la consumación del delito es una tarea sumamente compleja, donde aún existen discrepancias en el Derecho penal, el cuestionamiento inicial que nos debemos plantear es la respuesta a la interrogante: ¿Qué se consuma con los actos desplegados por el agente?

A la interrogante de ¿si es la acción, el resultado, los elementos del tipo o la violación de la norma?, en sede nacional ROJAS VARGAS postula que una comprensión correcta es la de entender que es la acción expresada o no en un resultado, la que llega a tal momento, de estricta estimación jurídica, lo que implica por lo tanto una lesión al bien jurídico y cuestionamiento a la vigencia de la norma penal<sup>52</sup>.

### **2.2.4. El problema de la consumación anticipada**

En ésta forma de modalidad de la consumación del delito, no existe el elemento fáctico consumatorio, ya que se prescinde del resultado para configurar un delito consumado, éstas razones como ha precisado ROJAS VARGAS, se

---

<sup>51</sup>

ROJAS VARGAS, “El Delito...”, cit. p. 497, añade que este concepto es importante para delimitar el desvalor en los delitos culposos, en los cuales el resultado es una derivación necesaria para el juicio de antijuricidad penal...sin perjuicio de dejar señalado que el desvalor de acción resulta vital para los efectos de imputar responsabilidad penal: violación de la observancia debida y exigible del cuidado en el desarrollo de la acción final del autor. Asimismo resalta el hecho que el resultado del delito consumado es obviamente distinto al resultado de la tentativa, finalmente agrega a que al resultado, como manifestación concreta del ilícito penal, le son inherentes los efectos materiales que se irradian en el tiempo y espacio concretamente circunstanciados.

<sup>52</sup>

ROJAS VARGAS, “Delito...” cit. p. 500, sostiene que no parece acertado sostener que son los elementos del tipo los que se consuman, pues ello llevaría a revertir el proceso y considerar primero el supuesto de hecho y luego la disposición legal y a entender erróneamente la tipicidad, resultando insuficiente también que sea el resultado típico a secas, el objeto de la teoría de la consumación.

establecen generalmente por cuestiones de política criminal que privilegian la protección a determinados bienes jurídicos pero alteran la construcción dogmática de la teoría del delito.

Se adelanta la represión punitiva o como se utiliza comúnmente en los escritos penales se “adelanta la barrera de la punibilidad”, en forma indistinta ya sea a la fase tentativa o de preparación<sup>53</sup>.

Como por ejemplo el último párrafo del art. 296° del Código penal modificado por el Decreto Legislativo 982 del 22 de julio de 2007 que sanciona la conducta *“del que forma parte en una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas...”*.

#### **2.2.5. La importancia de la consumación.**

La importancia del momento consumativo tiene importancia para diversos aspectos que guardan relación con la imposición de la sanción penal o su cumplimiento, como por ejemplo el inicio del cómputo de la prescripción penal, para el procedimiento de la individualización de la norma penal a utilizar, cuando se produzca el problema de sucesión de leyes penales en el tiempo, para determinar los fines del indulto o amnistía, para la aplicación de la ley extranjera, para la determinación del lugar de comisión del delito y del Juez natural, para los supuestos de la declaración de imprescriptibilidad del delito conforme al Estatuto de Roma.

Para la consumación, consideramos que se debe atender a que el comportamiento del agente haya reunido los elementos establecidos en la

---

53

ROJAS VARGAS, Fidel. “el Delito...”, cit. p. 500.

figura legal respectivo, en el tipo formulado, siendo indiferente si este logró su finalidad pretendida, su objetivo deseado, o si el efecto de la acción se perfeccionó en su totalidad, puesto que estos aspectos pertenecen a la fase del agotamiento del delito.

#### **2.2.6. Terminación del delito**

Se entiende mayormente como la consumación material del delito, pues se han concretado sus aspectos objetivos, pero como apunta ROJAS VARGAS existen supuestos donde el delito puede verificarse tan sólo con el cumplimiento de aspectos formales, como el caso del delito de usurpación mediante despojo previsto por el art. 2002 del Código penal.

Este concepto tiene problemas para diferenciar por ejemplo, los delitos de un solo acto o de ejecución instantánea, por ello se precisa que se habla de terminación del delito cuando la consumación a nivel típico concluye con sus implicancias formales y fundamentalmente materiales<sup>54</sup>.

#### **2.2.7. El delito agotado.**

En esta fase del delito, se entra a tratar con los efectos y resultados producidos por la acción delictiva, cuya previsión no constituyen elementos del tipo, por lo que carecen de relevancia jurídica en el plano de la tipicidad, para agravar por ejemplo la responsabilidad penal, o para comprender la participación criminal o para determinar los inicios de los cómputos de los plazos de prescripción del delito, que han sido diferenciados en el Código penal.

---

54

ROJAS VARGAS, “El Delito...”, cit. p. 502.

La doctrina penal es mayoritaria en considerar que la teoría del agotamiento carece generalmente de relevancia jurídica para la mayor parte de los tipos penales, lo que tiene su explicación por los graves efectos punitivos y sobrecriminalizadores que traería consigo si se practicase su valoración jurídico penal, si se apreciaran resultados sin que exista relación de causalidad directa con la acción delictuosa.

Al respecto anota ROJAS VARGAS que la doctrina penal más acabada al respecto como la italiana o alemana no tiene unanimidad en aceptar el agotamiento en la teoría del delito, soslayándose su uso para relieves principalmente el concepto de consumación material.

Conclusiones de la tesista: En el delito de hurto previsto por el Art. 185° del Código Penal, la consumación típica, no requiere de un resultado posterior al apoderamiento, el resultado material que se produce posteriormente a la consumación del delito se efectúa en la fase agotamiento del delito y se puede tener en cuenta para efectos de la individualización de la pena.

## **CAPÍTULO III DEMOSTRAR: Que la interpretación de los jueces supremos en el acuerdo plenario N° 1.2005, es equívoco al considerar que el delito de hurto es un delito de resultado**

### **3.1 LA JURISPRUDENCIA NACIONAL Y LOS PRECEDENTES VINCULANTES**

#### **3.1. Introducción**

En nuestro país, típico representante del sistema *civil law*, no existía la cultura del precedente, existió un tibio intento por parte de la Corte Suprema de establecer un precedente sobre el delito de usurpación, que fue poco conocido y poco difundido, tanto en la judicatura nacional como en los abogados, fiscales, y procuradores, luego de la promulgación del Código Procesal Constitucional, que en su Título Preliminar establecía en sus artículos VI y VII el carácter de vinculante de la jurisprudencia constitucional.

Se produce – en el mismo año- la modificación del Código de Procedimientos Penales de 1940, introduciendo el denominado “precedente vinculante” en el campo penal, lo resaltante en este ámbito del derecho, es que a diferencia de las otras ramas jurídicas, en este ámbito se presentan puntos muy sensibles puesto que lo que se discute en los procesos penales generalmente se refieren a afectación de bienes jurídicos por una conducta calificada como delito y que son esclarecidas en los procesos penales, y generalmente se refieren a la afectación de derechos fundamentales.

La introducción del precedente vinculante en nuestro sistema jurídico que pertenece a la familia romano-germánico, a semejanza de la forma en que funciona en el sistema del *common law*, introdujo el debate acerca de la validez real de dicha jurisprudencia, acerca de su obligatoriedad a tenerla en cuenta por los jueces de las demás instancias, acerca de las sanciones que se adoptarían contra éstos en caso de incumplimiento, así como a la probable afectación de la garantía de la

independencia judicial, reconocida por la propia Constitución a los magistrados de todas las instancias judiciales.

La Corte Suprema comenzó a establecer en diferentes Recursos de Nulidad, diversos precedentes vinculantes que debían de servir como pauta interpretativa obligatoria para todos los jueces de instancias inferiores, situación que en realidad no era seguida principalmente por los juzgadores de los demás Distritos Judiciales diferentes de la capital, pues en provincias los precedentes vinculantes establecidos por la Corte Suprema eran seguidos sólo en contadas oportunidades por los jueces, quienes generalmente por su formación no eran dados a cumplir con formas de resolver casos en forma preestablecida, justamente por la tradición jurídica imperante en nuestro país.

A partir del año 2005, las Salas Penales de la Corte Suprema de la República se reúnen en plenos jurisdiccionales y comienzan a emitir los denominados Acuerdos Plenarios vinculantes de la Corte Suprema, con el ánimo de contribuir a la afirmación de la predictibilidad de las resoluciones que expiden los jueces en el campo del Derecho Penal, así como el grado de internalización del Juez penal peruano del cambio de paradigma instaurado, en el nuevo contexto del neoconstitucionalismo<sup>55</sup>, que se extiende en nuestro país, como símbolo y vigencia del estado Constitucional.

---

55

AGUILERA PORTALES, Rafael / LÓPEZ SÁNCHEZ, Rogelio, “Interpretación judicial y principios jurídicos fundamentales” en Interpretación y Razonamiento Jurídico, ARA editores, Lima, 2009, pp. 416-418. Es una corriente de pensamiento que tiene como objetivo primordial la de expresa en concretizar los valores y principios constitucionales por medio de la interpretación y argumentación, reconciliando el derecho y la moral. Se han identificado algunos rasgos de este nuevo paradigma : (i) la existencia de más principios que reglas o el valor superior de los primeros sobre las últimas; (ii) en la actuación judicial, cuando se trate de restringir derechos fundamentales se emplean los principios de ponderación y proporcionalidad en lugar de la subsunción; (iii) la omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos relevantes; (iv) la coexistencia de una constelación de valores que entran en contradicción en lugar de la “comunidad ideológica” existente; y (v) *el carácter extensivo de la actuación judicial en lugar de la autonomía del legislador ordinario.*

### 3.2 La ley como fuente del Derecho.

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley como fuente de derecho juega un papel fundamental en el campo del Derecho Penal, a la legislación se le reconoce como fuente material de producción más importante de la tipificación de las conductas que se sancionan como delitos<sup>56</sup>, la teoría general de derecho ha identificado tres grandes familias de clasificación de los sistemas jurídicos: La de derecho anglosajón, la del derecho islámico y la denominada romano germánica, en ésta última se estructura las fuentes de derecho en base a las normas jurídicas de carácter general, aprobadas mediante la fuente formal denominada legislación<sup>57</sup>.

Junto a la legislación, se reconoce como fuentes del derecho además de la jurisprudencia, a *la costumbre* – que se halla sometida a la legislación y a la jurisprudencia a través del precedente vinculatorio<sup>58</sup> –; a *la doctrina*, que es el conjunto de escritos y aportes jurídicos hechos a lo largo de la historia y complementa a la legislación mediante funciones de descripción, explicación, sistematización, crítica y aporte de soluciones, la fuerza de ésta fuente se encuentra en razón directa a la concordancia de sus diversos autores<sup>59</sup>.

---

56

PÉREZ ARROYO, Miguel, “Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante” (2004-2008), INPECCP, Lima, 2009, p. XLI, en el mismo sentido anota que en el sistema romano germánico, el Derecho está totalmente vinculado a la ley, siendo esta la fuente por excelencia, y en el Derecho Penal es la única fuente para imponer una pena.

57

RUBIO COREA, Marcial. El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho), Octava Edición, PUCP. Fondo Editorial, Lima, 2000, pp. 123-124, explica que en el Derecho anglosajón, se da suma importancia a la jurisprudencia como fuente de derecho, en el Derecho Islámico, se da fuerza jurídica a los textos que tienen carácter de palabra divina revelada por sus creencias religiosas, así como a su interpretación. Explica que la denominada familia Romano-germánica, estructura su Derecho en base a normas jurídicas de carácter, aprobadas mediante la fuente formal llamada legislación.

58

RUBIO CORREA; Marcial, op. cit. pp. 208-209

59

RUBIO CORREA, Marcial, Ibídem, p. 221

### 3.3. La Jurisprudencia como fuente del Derecho.

La jurisprudencia de los tribunales, es decir las decisiones de los tribunales de máxima instancia<sup>60</sup>, son consideradas como verdaderas normas jurídicas para las partes sometidas a la resolución expedida en un caso concreto, por ello la jurisprudencia siempre es fuente de derecho para las partes y que lo resuelto es siempre obligatorio para ellas, pero además cuando nos encontremos en circunstancias similares a las que se produjeron en un caso ya resuelto, la jurisprudencia puede tener efectos para el caso futuro, justamente por su carácter de vinculante y en aplicación del principio de equidad, para lograr una mejor aplicación de la justicia<sup>61</sup>.

Si bien, no existe norma expresa en nuestro ordenamiento jurídico que establezca como fuente del Derecho a la jurisprudencia; sin embargo éste carácter se ha deducido como consecuencia de que una de las manifestaciones del principio de igualdad previsto como derecho fundamental por la propia Carta magna, era la de que *debía existir uniformidad en la interpretación de la ley y en la aplicación del derecho* por los tribunales de justicia, lo que constituiría además una confluencia con el principio de seguridad jurídica<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup>

En este mismo sentido CASTILLO ALVA, José Luis, en *“Los precedentes vinculantes en materia penal como técnica de argumentación”* en CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis, en El precedente judicial y el precedente judicial constitucional, p. 18 afirma que se entiende por jurisprudencia a la doctrina reiterada establecida por la Corte Suprema al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho.

<sup>61</sup>

RUBIO CORREA, Marcial, *Ibíd.*, pp.185-186

<sup>62</sup>

SAN MARTIN CASTRO, César. “Jurisdicción constitucional y Justicia penal: Problemas y Perspectivas”, Ponencia al VII Seminario Internacional “Justicia Constitucional y Estado de derecho” en Santa Cruz de la Sierra, agosto 2004, Editor tribunal Constitucional de Bolivia, p.16, donde resalta la diferencia entre jurisprudencia horizontal que se refiere a la jurisprudencia de diferentes tribunales del mismo nivel y jurisprudencia vertical que se refiere a la emanada del máximo tribunal de justicia, al que la Constitución le ha encomendado la misión de establecer la necesaria uniformidad en la aplicación de la ley a través de su jurisprudencia.



La doctrina mayoritaria, se ha decantado por la posición de que cuando nos referimos a la jurisprudencia, nos estamos refiriendo a resoluciones reiteradas sobre un determinado asunto que instauren lo que DE ASÍS denomina “una misma línea interpretativa o un mismo fallo, ya que la reiteración de éstos sobre una cuestión jurídica genera una fuerza de convicción que permite inferir que si es seguida por los jueces es porque la regla es justa”.

### **3.4 La Corte Suprema de la República.**

En nuestro país, la Corte Suprema como órgano rector del sistema judicial peruano, le corresponde no sólo garantizar la seguridad jurídica a través de los fallos que expiden los jueces a nivel nacional, sino que esta orientación debe propender a establecer las condiciones óptimas para la vigencia del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley.

En tal virtud, el máximo órgano jurisdiccional debe orientar sus acciones a dotar al ordenamiento jurídico de la característica de previsibilidad y continuidad en sus líneas interpretativas, PÉREZ ARROYO resalta el hecho que hoy en día se reconoce que el sistema jurídico de un estado sólo puede funcionar si se garantiza en su aplicación continuidad y unidad de interpretación del orden normativo.

La continuidad anota, requiere de la vinculación de los tribunales a sus precedentes y a los de otros tribunales de su misma jerarquía, mientras que la unidad del orden jurídico exige la vinculación de los tribunales a una instancia interpretativa unificada<sup>63</sup>.

---

<sup>63</sup>

PÉREZ ARROYO, Miguel, “Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante” (2004-2008), INPECCP, Lima, 209, p. XX.

### 3.5 Independencia Judicial y la igualdad.

La independencia judicial, está constituida por el conjunto de condiciones que garantizan que el Juez cuando tiene que resolver los asuntos sometidos a su conocimiento o consideración no estará sujeto a ningún tipo de presión que pueda motivarlo a violar estas reglas –de sujeción a la ley y la justicia- o para ejercitar su discreción en forma distinta de lo que una recta conciencia indicaría en ausencia de tal presión, por ello se apunta, el Juez está libre para resolver, sólo sujeto a las reglas que sean legítimas y a los dictados de una conciencia <sup>64</sup> recta .

La independencia judicial muchas veces se confunde con la “discreción judicial”, que no es otra cosa que el uso que los jueces deben dar a su buen juicio para que el resultado de la controversia se conforme a las reglas aplicables y a las circunstancias de la situación que tiene que resolver.

### 3.6. El derecho a la igualdad.

Pero el aporte más relevante, en orden a explicar la adopción de la “Jurisprudencia Penal vinculante” aparentemente en contra de la vigencia de independencia judicial, es la afirmación en sede nacional del principio de Seguridad Jurídica extraído por el Tribunal Constitucional de diversas normas de la Constitución en orden a garantizar el derecho Fundamental al “Derecho a la igualdad ante la ley”, contenido en el Artículo 2 inciso 2º de la Constitución.

Se expresa además en sus variantes de un tratamiento:

- igual en la ley; y,
- igualdad en la aplicación de la ley;

---

<sup>64</sup>

Tribunal Supremo de Puerto Rico, Secretariado de la Conferencia Judicial “La Independencia Judicial en Puerto Rico, 1988, p. 21.

Al respecto, consideramos que el reconocimiento de éste tratamiento legal igualitario se encuentra el verdadero fundamento de la expedición de los “precedentes vinculantes penales”, sin que se haya violado con su instauración la garantía de independencia del Juez, ya que ésta se encuentra garantizada debidamente, toda vez que la ponderación judicial (a la manera de Dworkin) de la que puede hacer uso cualquier Juez Penal en un caso concreto, es de tal magnitud que incluso puede desvincularse del sentido de aplicación de algún precedente vinculante.

Asimismo, la vigencia de este derecho fundamental en su doble vertiente explica que la Corte Suprema a través de sus Salas Penales como “órgano rector de la Jurisprudencia penal” pueda dictar pautas generales a las que dado el carácter de vinculantes.

### 3.7 Los precedentes judiciales en el campo penal.

Modernamente, las exigencias de motivación de las resoluciones judiciales y su predictibilidad para afirmar la tarea uniformadora de la jurisprudencia penal y de los fallos de los tribunales de última instancia dejó de ser considerada una injerencia indebida en la labor de la interpretación y aplicación del derecho que realizan los jueces<sup>65</sup>.

El artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la realización de los **plenos jurisdiccionales** por las Salas Penales Especializadas del Poder Judicial, es decir Salas de la Corte Suprema y las diversas Salas Penales de los

---

<sup>65</sup> MONTERO AROCA, Juan, “Independencia y responsabilidad del juez”, CIVITAS, Madrid, 1990, p. 76.

Distritos Judiciales y su finalidad es la de concordar la jurisprudencia que se halle dispersa<sup>66</sup>.

Justamente, dentro del ámbito del derecho penal y procesal penal que, en nuestro país, se ha desarrollado en los últimos años una singular actividad por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia, dictándose una considerable cantidad de “**acuerdos penales vinculantes**” y con carácter de “**obligatorios**”, que en teoría deberían servir para marcar pautas de cumplimiento obligatorio para los jueces penales.

Existen, sin embargo, voces discrepantes en la doctrina nacional, como la de CASTILLO ALVA, quién señala que estos acuerdos plenarios a diferencia de los **precedentes vinculantes o de las sentencias plenarias**, no ejercen ni desarrollan fuerza vinculante alguna, sólo se puede a través de ellos exhortar a las Salas Penales de la Corte Suprema para que adopten un precedente vinculante o una sentencia plenaria, a fin que el tema se haga exigible normativamente<sup>67</sup>.

No obstante, lo expresado, la Corte Suprema ha expedido más de 35 acuerdos plenarios en los que declara expresamente la obligatoriedad de algunos fundamentos jurídicos, para lograr criterios uniformes en los pronunciamientos judiciales para acentuar –según ella- las cuotas de certeza y seguridad en la aplicación del Derecho<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup>

Art. 116 T.U.O. L.O.P.J.- Plenos Jurisdiccionales: “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.”

<sup>67</sup>

CASTILLO ALVA, José Luis, “*Comentarios a los Precedentes Vinculantes*”, GRIJLEY, Lima, 2008, p. 55.

<sup>68</sup>

CASTILLO ALVA, op. cit. p. 79

### 3.8. El Código de Procedimientos Penales.

Luego de la promulgación del Código Procesal Constitucional<sup>69</sup>, y en virtud a la incorporación del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales efectuada mediante el artículo 2º del Decreto Legislativo N°.959<sup>70</sup>, el 17 de agosto del año dos mil cuatro, se inicia en nuestro ordenamiento jurídico – penal la era de los denominados precedentes vinculantes en el campo del Derecho Penal y Procesal penal, también desde luego se inicia la discusión sobre su obligatoriedad, la misma que a diferencia de lo dispuesto por los artículos VI y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional no establecían el carácter obligatorio ni la consecuencia de su incumplimiento por parte de los jueces de las instancias inferiores del Poder Judicial en los casos que resuelvan.

Con la introducción de ésta innovación legislativa – no prevista ni siquiera en la Ley Orgánica del Poder Judicial- se produce un gran cambio en el sistema de expedición y establecimiento de criterios interpretativos vinculantes en el área penal, habiendo “producido” las Salas Penales diversos precedentes vinculantes que tratan diversos temas controvertidos en el área penal, trazando una diferencia histórica con el decisionismo judicial que caracterizaba a nuestra Corte Suprema en general y en particular especial a las Salas Penales del máximo tribunal jurisdiccional, que sólo habían producido en muchos años de vigencia de la citada Ley Orgánica en el área penal sólo una jurisprudencia vinculante: La referida al

---

<sup>69</sup>

El Código Procesal Constitucional se promulgó el 28 de mayo del año 2004 mediante Ley 28237, la que se publicó 31 del mismo mes y entró en vigencia el 1º de diciembre del mismo año 2004 .

<sup>70</sup>

Art. 2 del D. L. N° 959 que incorpora el Art. 301-A del Código de Procedimientos Penales con el siguiente texto :

“1. Las sentencias de la Sala Penal de la Corte Suprema, sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 12º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, **constituyen precedente vinculante** cuando así lo expresen las mismas, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando la Sala Penal de la Corte Suprema resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente...” (subrayado nuestro).

carácter del delito de Usurpación, el que se estableció en el sentido que este delito es uno de *comisión instantánea con efectos permanentes*<sup>71</sup>.

### 3.9 Los precedentes vinculantes de carácter penal.

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico – penal sólo la Corte Suprema del Perú, como órgano máximo del Poder Judicial podría a través de sus Salas Penales establecer la orientación de la jurisprudencia penal, no estando clara la forma como lo vendría a establecer y por ello el debate sobre la obligatoriedad de los **acuerdos plenarios, jurisprudencia vinculante, plenos jurisdiccionales, sentencias plenarias y doctrina jurisprudencial sin precisar** que se utilizan comúnmente por los operadores jurídicos sin el significado exacto de sus términos.

Como se ha señalado, el *punto de quiebre* para la introducción de la jurisprudencia vinculante de las Ejecutorias Supremas en el campo penal se inicia con la introducción del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, según el Decreto Legislativo número 959, del 17 de agosto de 2004, probablemente adoptado como una forma de transición entre nuestro viejo Código de Procedimientos Penales, de corte inquisitivo, con el denominado Nuevo Código Procesal Penal, promulgado según Decreto Legislativo 957 de 29 de julio de 2004, de corte acusatorio puro o “acusatorio adversarial”.

#### 3.9.1. El artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales

Conforme a ésta norma, son dos las formas que puede adoptar en nuestro sistema penal el denominado “precedente obligatorio”:

---

71

Dicha jurisprudencia vinculante fue encargada en su redacción al entonces Vocal Supremo Penal Hugo Sivina Hurtado, actualmente cesado.

i) Las que tendrían un carácter de “principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento” o “precedente obligatorio genérico” genérico” mediante las cuales de conformidad con lo dispuesto por el artículo 22º de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>72</sup>, se adoptan cuando las Salas Supremas especializadas penales de la Corte Suprema publican en el diario oficial “El Peruano” cada tres meses las Ejecutorias Supremas que fijan dichas “líneas de doctrina jurisprudencial” que son de “obligatorio cumplimiento”, de las cuales pueden apartarse las instancias inferiores motivando las razones de su apartamiento;

ii) la segunda forma, sería la establecida por las sentencias que se dictan al amparo de lo dispuesto por el artículo 301-A- del Código de Procedimientos Penales, por una Sala Penal de la Corte Suprema o por el Pleno de los Vocales de lo Penal de Corte Suprema, que en éste caso se denomina “sentencia plenaria”, en ambos casos se debe determinar con precisión el extremo de dichas resoluciones que constituyen “precedente vinculante” y por disposición de ésta norma se debe establecer su efecto normativo, asimismo en ambos casos se debe publicar dicha sentencia en el Diario Oficial y en la página Web del Poder Judicial

73

---

72

Ley Orgánica del Poder Judicial, **Artículo 22.- Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.** Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales. Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan. Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

73

No se alcanza a comprender con precisión cuál es el sentido de la frase “efecto normativo” cuando ya se haya dispuesto dictar un precedente vinculante, tal vez podría pensarse que se quiere referir a los efectos de dicho precedente en relación con los casos que sobre el mismo asunto se hayan dictado, pero entonces dicha afirmación sería innecesaria, o tal vez pretende la norma aclarar que los jueces supremos en algunos casos pueden “regular” de alguna forma los alcances de dicho precedente vinculante.

La misma norma además refuerza el carácter vinculante de dichos precedentes de los cuales no podrán apartarse los jueces de las instancias inferiores<sup>74</sup>.

### **3.10. El caso de “Las sentencias Plenarias”.**

De conformidad con el segundo párrafo del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales, y cuando existan posiciones discrepantes sobre un tema penal adoptado en resoluciones dictadas por diversas Salas de la Corte suprema, se dictan este tipo de sentencias.

Como dato curioso, se puede apreciar en la parte introductoria de los primeras cinco (05) Sentencias Plenarias dictadas por el “Pleno Jurisdiccional de Los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema de la República de lo Penal”(sic)<sup>75</sup>, que los vocales supremos que las dictaron, fundamentan la expedición de dichas Sentencias Plenarias: “...a fin de dar cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 301°- A del Código de Procedimientos Penales, introducido por el Decreto Legislativo número 959, y 22° y 116° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, originadas por la “...discrepancia entre las Ejecutorias Supremas” decidiéndose la convocatoria al Pleno Jurisdiccional.

---

<sup>74</sup>

PÉREZ ARROYO, Miguel, “Las Ejecutorias vinculantes en materia penal a partir de la introducción del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales”; en “Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia”, Lima CIPJ, Año 2, Nº 6, pp. 95-96, señala que estamos frente a un tipo de Ejecutorias Supremas de mayor vigor en el sentido jurisprudencial del caso las cuales fijan efectos prácticamente normativos respecto a temas concretos y que caso por caso se resuelven en sede Suprema; todo esto de momento, repetimos, en materia penal, en razón al ambiente de reforma y transitoriedad que ha venido a establecer el Decreto Legislativo número 959 de 17 de agosto de 2004.

<sup>75</sup>

Como dato anecdótico debe anotarse que en las primeras cinco Sentencias Plenarias dictadas por la Corte Suprema en el ámbito penal y que inauguran la era de los precedentes obligatorios de carácter penal, el ponente fue el mismo Vocal Supremo Dr. César San Martín Castro.



Las **sentencias plenarias** son un tipo de resoluciones adoptadas por los Jueces Supremos Penales, y requieren por lo menos de mayoría absoluta, contienen una forma cualificada de precedentes vinculantes que tratan de armonizar e imprimir uniformidad a los criterios de los miembros de una Sala o Salas penales de la Corte Supremas sobre un determinado tema o asunto jurídico sometido a su competencia. La doctrina nacional ha identificado como presupuestos o requisitos para la expedición de las sentencias plenarias los siguientes:

- i) la existencia de criterios de decisión discrepantes<sup>76</sup>, entre los integrantes de una Sala Suprema o de ésta con otra Sala Penal de la Corte Suprema;
- ii) que el objeto de la discrepancia sea sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma;
- iii) que las sentencias plenarias se expidan con el voto a favor de la mayoría absoluta de los Jueces Supremos penales titulares o provisionales.

Queda entonces definido que el fundamento principal de la expedición de los precedentes vinculantes que la Corte Suprema considera obligatorios no puede ser otro que la vigencia del **derecho a la igualdad ante la ley**, modernamente se afirma que los ciudadanos al margen de que los operadores efectúen una interpretación adecuada de la ley, necesitan en mayor medida de criterios uniformes en los pronunciamientos judiciales para acentuar las cuotas de certeza y seguridad en la aplicación del Derecho<sup>77</sup>.

No obstante lo cual, la elección de los temas que se discuten en la Corte Suprema, cuentan con una escasa intervención de los jueces de las otras

---

<sup>76</sup>

CASTILLO ALVA, José Luis, “Comentarios a los Precedentes Vinculantes”. GRIJLEY, 2008, p. 48, señala que “en realidad la sentencia plenaria solo debe dictarse en caso que la discrepancia se da muy severa y grave, cuya solución contradictoria atente contra la necesidad de alcanzar la seguridad jurídica y una orientación adecuada en la vida social. No es correcto ni conveniente utilizar la sentencia plenaria para dirimir o solucionar cualquier controversia o conflicto de opiniones, al margen de su entidad o relevancia.”

<sup>77</sup>

CASTILLO ALVA, op. cit. p. 79

instancias- no son temas que expresen el sentir de las discrepancias de los magistrados a nivel nacional, se escogen por un grupo de Jueces de la Corte Suprema que conjuntamente con el Centro de Investigaciones Judiciales – entelequia que nadie sabe realmente de que se trata ni de quienes lo componen – manejan la elección de los temas correspondientes.

El valor de los acuerdos plenarios debe medirse en relación con la fuerza de su argumentación que exprese su carácter persuasivo – ante la complejidad de determinado tema - sin dejar de precisar, en mi concepto que sólo pueden constituir una recomendación a los magistrados judiciales toda vez ni son sentencias judiciales, ni autos porque no resuelven un caso judicial o un asunto sometido a controversia, ni tampoco supone el ejercicio de la jurisdicción <sup>78</sup> .

Cuando el paradigma de la “ciega confianza al legislador” hace crisis, los ordenamientos que siguen la tradición romano-germánico buscan el afianzamiento de nuevos paradigmas, siguiendo la tendencia moderna, la presión social y la demanda de tutela procesal obligan de alguna forma a satisfacer las exigencias de un “mejor producto” del órgano jurisdiccional, para lo cual éste tiene que acudir a mejores técnicas interpretativas y argumentativas a tener en consideración al momento de expedir sus resoluciones <sup>79</sup> .

Pero la conveniencia de la introducción de dichos criterios aún se encuentra en discusión, como es el caso del tema de nuestra investigación donde se adopta una

---

<sup>78</sup>

CASTILLO ALVA, op. cit. pp.125-127, es crítico en este tema, anota que la Corte Suprema ha incurrido en error al disponer que sus acuerdos plenarios pueden ser obligatorios en algunos fundamentos porque así lo declare, a pesar de no tratarse de jurisprudencia en estricto, y pasa por alto que “la única fuente de derecho admitida es la jurisprudencia y no la discusión, los debates o los acuerdos a los que pueden arribar los magistrados al margen de su actividad jurisdiccional”.

<sup>79</sup>

La suspicacia que se tenía hacia los órganos jurisdiccionales, desde la instauración del antiguo paradigma francés se halla en franca retirada.

posición en nuestro concepto tradicional y equivocada al considerar al delito de hurto, delito típico de apoderamiento, como un delito de resultado y al introducir jurisprudencialmente requisitos para su configuración *extra lege*.

### 3.11. ANALISIS A LA SENTENCIA PLENARIA N° 1-2005/DJ-301-A, DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA

Con fecha 30 de septiembre del año 2005, se expidió esta Sentencia Plenaria que establece como precedente vinculante que: ***“el momento consumativo del delito de robo agravado, requiere de la disponibilidad de la cosa sustraída por el agente. Disponibilidad que, más que real y efectiva debe ser potencial, esto es entendida como posibilidad material de disposición o realización de cualquier acto de dominio de la cosa sustraída”***

Para llegar a esta conclusión, los Jueces Supremos se basan en los principios contenidos en los fundamentos contenidos en los párrafos 7° al 10° de la sentencia que serán analizados a continuación.

En primer lugar, se debe dejar sentado que los Jueces Supremos han determinado que existe una equivalencia estructural entre los delitos de hurto y robo y consideran que ambos son delitos de resultado, en base a esta distinción se considera en consecuencias que para la consumación del delito de hurto previsto por el Art. 185° del Código penal se requiere, la disponibilidad potencial del agente sobre el bien sustraído, de lo cual se deducen varias consecuencias:

- si existió la posibilidad de disposición y pese a ello se detuvo al autor y este recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo;

- si el agente es sorprendido *in fraganti* y es perseguido inmediatamente y sin interrupción y se logra su captura con el íntegro del botín –si falta una parte la solución es diferente- o si en el curso de la persecución abandona el botín sustraído y este se recupera el delito queda en grado de tentativa;
- si son varios los intervinientes en el hecho y uno de ellos es detenido, pero uno o varios logran darse a la fuga con el producto del robo, el delito queda consumado para todos los participantes en el evento delictivo.

### **3.12. LA DOCTRINA NACIONAL SOBRE LOS DELITOS DE RESULTADO.**

La posición de la Corte Suprema cuenta con el apoyo mayoritario de la doctrina nacional, lo que no quiere decir que sea la posición correcta, de esta forma la mayoría de autores nacionales siguiendo posturas tradicionales, han considerado que el hurto y el robo son verdaderos delitos de resultado.

Así, puede apreciarse que REÁTEGUI SÁNCHEZ, quién reconoce sin embargo que el Art. 185° del Código penal no exige expresamente un resultado típico separado de la conducta típica, termina adhiriéndose a la posición de la Sentencia Plenaria N°.1-2005, sin embargo, como ha apuntado PINEDO-SANDOVAL, si hace la distinción correspondiente cuando analiza el delito de robo, que no es materia de nuestro análisis.

El autor nacional SALINAS SICCHA, considera que el delito de hurto es un hecho punible de lesión y de resultado al igual que el de robo, manifestado su conformidad con la tesis de los jueces supremos, así señala el autor citado:

*“Nosotros también nos adherimos a esta posición mayoritaria, pues la posibilidad real o potencial de disponer del bien mueble por mínima que sea constituye un hito fundamental para entender y comprender perfectamente la consumación y su diferencia con la tentativa. Sin embargo, la posibilidad real o potencial de disposición del bien que tenga el agente debe ser libre, espontánea y voluntaria*

*sin más presión que el temor de ser descubierto, esto es, la voluntad del agente no debe estar viciada por presiones externas como ocurriría cuando al estar en plena huida del lugar donde se produjo la sustracción es inmediatamente perseguido el agente”<sup>80</sup>.*

ROJAS VARGAS, considera que el delito de hurto se consuma en la fase de la **ablatio**, es decir el delito de hurto se perfecciona típicamente conforme a las exigencias del tipo penal, cuando el autor ha logrado el estado o situación de disponibilidad del mueble<sup>81</sup>.

De igual parecer se puede deducir que sostiene PEÑA CABRERA FREYRE y GALVEZ VILLEGAS /ROJAS LEÓN, quienes si bien es cierto no se pronuncian expresamente sobre el tema, manifiestan su adhesión al contenido de la Sentencia Plenaria 1-2005, respecto del hurto, así como del robo.

PINEDO-SANDOVAL por su parte se distancia de los criterios expuestos, y considera que en realidad el fundamento 8 de la Sentencia Plenaria, incurre en un razonamiento circular, pues cuando afirma que el agente desapodera a la víctima del bien mueble, aquél –el agente- no solo adquiere poder sobre este sino que como correlato, se produce la pérdida actual de dicho bien por parte del que lo hubiera tenido.

---

80

SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra el Patrimonio”, Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 64, considera que el agente incluso al momento de la fuga puede tener la posibilidad de disponer del bien, ya sea destruyéndole o entregándole a un tercero, etc., pero ello de ningún modo puede servir para afirmar que se ha consumado el delito. Esa disposición no es voluntaria ni espontánea. En plena huída puede también ser aprehendido el sujeto no llegando a tener la posibilidad de hacer una disponibilidad provechosa del bien sustraído.

81

ROJAS VARGAS, Fidel, cit. por SALINAS SICCHA. ibídem, p. 64

Agrega que, en base a este razonamiento circular la Corte Suprema concluye que es posible diferenciar o situar en un momento diferenciado la desposesión del apoderamiento y es la razón por la cual sostiene que el hurto –y el robo- son delitos de resultado, erróneamente se aíslan dos conceptos que se presentan simultánea e indisolublemente unidos a la acción del agente<sup>82</sup>.

### **3.13. DELITOS DE RESULTADO O DE MERA ACTIVIDAD**

#### **3.13.1. Los delitos de resultado.**

La clasificación o diferenciación de los delitos entre delitos de mera actividad y delitos de resultado en forma mayoritaria concluye que, en los tipos penales de resultado, éstos incorporarían en su estructura, además del comportamiento delictivo, un resultado que se separa en el tiempo y en el espacio del comportamiento que le antecede.

Es así, como explica el profesor nacional MEINI que muchos tipos penas como el homicidio, las lesiones y en general los preceptos penales que regulan los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, así como la mayoría de delitos contra el patrimonio, como el hurto, el robo, la apropiación ilícita, la estafa y los daños, se han redactado incluyendo un resultado sin embargo acota el jurista: En todos estos casos la ley penal prevé un resultado que<sup>83</sup> excede al tipo de lo injusto.

---

<sup>82</sup>

PINEDO SANDOVAL, Carlos Alberto. “El Íter Criminis en los delitos patrimoniales de apoderamiento. Análisis de la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A”, Tesis de Maestría, Universidad de Piura, 2014, recuperado: <https://pirhua.udep.edu/bistream/handle>, 28 de agosto de 2017, p. 17.

<sup>83</sup>

MEINI, Iván. “Lecciones de Derecho penal...”, cit. p. 73, considera que al ser el resultado material un efecto del delito, ya que ocurre con posterioridad a este, sus efectos solo se pueden apreciar cuando se trata ya de imponer e individualizar la pena al autor, en consecuencia concluye tajantemente el citado tratadista: el resultado no pertenece al tipo penal.

El resultado material sostiene el tratadista en posición que compartimos, es un efecto del delito, pues ocurre con posterioridad a este, debido a su ubicación temporal, y solo incide -o debe incidir- en la necesidad de pena que una vez individualizada se impone al agente, pero no pertenece al tipo penal.

Debido a esta posición, se desprende consecuencias relevantes en la teoría de las consecuencias jurídicas del delito:

- Respecto al ámbito de la consumación**, se determina que ésta no depende de que el resultado acaezca, ni siquiera en los casos que como el artículo 185° del Código Penal que sanciona el delito de hurto, se ha consignado un resultado material. La consumación depende únicamente de que se realice el comportamiento de riesgo prohibido para el bien jurídico.

- Cuando se analiza los **supuestos de intervención delictiva** como autoría, coautoría, autoría mediata, y los supuestos de participación como complicidad en sus dos variables así como de la instigación, se aprecia que éstas son formas de intervención en la ejecución del delito, pero que son admitidas o antes o durante la realización del comportamiento típico.

- De igual forma, se ha dicho, que los supuestos de concurso ideal y real, se analizan los comportamientos delictivos, prescindiendo de los resultados materiales que puedan generar, es decir se analiza solo los comportamientos.

En consecuencia, podemos afirmar que el resultado, se ubica en la punibilidad y despliega sus consecuencias jurídicas justamente en dicha categoría.

### 3.13.2. Los delitos de mera actividad o de mera conducta.

Son aquellos donde se sanciona únicamente la realización del comportamiento. En ésta clase de delitos la consumación se verifica con la realización de la acción, siendo el clásico ejemplo de este tipo de delitos el tipo penal de violación de domicilio previsto por el Art. 159° del Código penal, donde no es necesario para su configuración constatar un resultado temporal separado del comportamiento, de ésta forma puede apreciarse que en los delitos de hurto tanto la desposesión del bien que sufre la víctima y el apoderamiento que efectúa el agente, se presentan simultáneamente con la acción desplegada por éste.

Como bien apunta PINEDO SANDOVAL la propia Corte Suprema en la Sentencia Plenaria 1-2995, fundamento 8, establece que: ***“...el criterio rector para identificar la consumación se sitúa en el momento en que el titular o poseedor de la cosa deja de tener a ésta en el ámbito de protección dominical (DESPOSESIÓN) y por consiguiente, cuando el agente pone la cosa bajo su poder e hecho (APODERAMIENTO)”***.

Afirmación ésta, que se halla en contradicción con su propia afirmación de que es posible diferenciar o situar el momento diferenciando la desposesión del apoderamiento.

Refiriendo el citado autor, que no se llega a comprender porque se sostiene que ambos conceptos se presentan correlativamente dando lugar a la consumación.

El resultado material del delito no es una exigencia del tipo como lo ha recordado el profesor MEINI, asimismo se ha precisado por la doctrina penal que éste error de la doctrina - en nuestro país mayoritaria, así como de la



jurisprudencia- consisten en sostener que los delitos de apoderamiento son delitos de resultado, explica HERNÁNDEZ BASUALTO que ésta posición errónea tiene su génesis en un malentendido recurrente, cual es el de confundir el alcance de los binomios delitos de mera actividad/delitos de resultado y delitos de peligro/delitos de lesión o daño, ya que mientras la primera distinción gira en torno a si el delito requiere algo más que la conducta del agente para su consumación, la segunda atiende a si éste requiere o no una efectiva lesión del bien jurídico protegido.

En muchos casos, pueden coincidir estas categorías por ejemplo que los delitos de peligro suelen ser, además de mera actividad, pero no existe una plena identificación. El hurto es manifiestamente un delito de lesión y no de resultado, porque el apoderamiento de la cosa ajena lesiona efectivamente el vínculo entre ésta y sus titular, pero para que pueda ser considerado un delito de resultado, lo único decisivo sería que además de la conducta de apropiación del bien, el tipo requiera que esa conducta produzca algo distinto de ella misma, PINEDO-SANDOVAL aclara que si bien la conducta de apropiación genera efectos que podrían sugerir la presencia de un resultado como la pérdida de la cosa por parte de su titular o la lesión del bien jurídico, para poder configurarse un resultado típico tendrían que ser exigidos por ley – como lo sostiene MEINI- debiendo ser distinguibles y sepárales de la conducta o comportamiento.

En el caso del hurto la pérdida de la cosa por parte del titular se confunde de un modo inseparable con lo que el agente deba hacer, pues la apropiación consiste precisamente en desposeer a la víctima, entonces no puede tratarse de un resultado típico.

**Una vez que el sujeto se apropia de la cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño el delito simplemente se consuma, la ley no exige nada más.**

Desde otra óptica, PINEDO-SANDOVAL considera que la fórmula “para obtener provecho” del art. 185° del Código penal, explica la posición del legislador de establecer un tipo de resultado cortado, de modo que la obtención de un provecho, por parte del agente no es un elemento necesario para consumar el delito.

La adopción de esta fórmula considera el autor, constituiría un criterio interpretativo importante para identificar el apoderamiento típico de los delitos de hurto y otros como el robo y el abigeato y a la vez descartar la tipicidad de otros delitos como los daños o la usurpación<sup>84</sup>.

El mismo autor nacional considera que esta fórmula “*para obtener provecho*” contenida en el artículo 185° del Código penal, ha sido interpretada de manera psicologicista por un gran sector de la doctrina nacional, que afirma que nos encontramos ante un elemento subjetivo adicional al dolo, equiparable al *animus lucrandi* o finalidad última de obtener un provecho, beneficio utilidad o ventaja indebida, que trasciende el conocimiento y voluntad que configuran el dolo<sup>85</sup>.

### **3.14.- Una nueva interpretación de la consumación del delito de robo y hurto.**

En la Sentencia Plenaria N°.1-2005/DJ-301-A sobre el “*Momento de la consumación en el delito de robo agravado*”, los Vocales Supremos penales de la Corte Suprema establecieron en el **fundamento 9°**, que es uno de los que contiene criterios que han

---

<sup>84</sup>

PINEDO SANDOVAL, “El Iter criminis...”, cit. p. 21, concluye al respecto que si el autor de un, hurto robo o abigeato lograra, no obstante obtener un provecho efectivo como consecuencia del apoderamiento ilegítimo del bien, ello no sería más que una conducta post consumativa perteneciente a la etapa de agotamiento del delito.

<sup>85</sup>

PINEDO SANDOVAL, ib. p. 22.

sido considerados como precedente vinculante se anota expresamente que se adhiere a la teoría de la disponibilidad potencial sobre la cosa, en estos términos:

Fundamento 9°. *“Este criterio de disponibilidad potencial, sobre la cosa que no efectiva – de realizar sobre ella materialmente actos dispositivos- permite desestimar de plano teorías clásicas como la **aprehensio o contrectatio**—que hacen coincidir el momento consumativo con el de tomar la cosa-, **la amotio** —que considera consumado el hurto cuando la cosa ha sido trasladada o movida del lugar- y **la illatio** que exige que la cosa haya quedado plenamente fuera del patrimonio del dueño y a la entera disposición del autor-; y ubicarse en un criterio intermedio, que podría ser compatible con la teoría de la **ablatio** —que importa sacar la cosa de la esfera de custodia de la vigilancia o de la actividad del tenedor, efectivo dominio sobre la cosa- El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición”.*

Y en el fundamento 10° de la Sentencia Plenaria se afirma contundentemente que: ***El desplazamiento de la cosa en el espacio no es el criterio definitorio del hurto, sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición*** (subrayado y resaltado nuestro).

Como se puede apreciar, éste es el principal fundamento de la Sentencia Plenaria y en él se puede advertir lo siguiente:

- La Corte Suprema no ha efectuado ni una interpretación teleológica, o atendiendo a criterios normativos (modernos) para establecer el momento consumativo del delito de hurto, sino que tenido en cuenta criterios de naturalísticos y ha seguido la línea trazada por el Tribunal Supremo español.
- Refiere que –Fundamento noveno de la sentencia plenaria- que adoptando el criterio de la disponibilidad potencial se “desestiman de

plano”, las teorías clásicas que han sido citadas, y afirma que: ***La consumación en estos casos, viene condicionada por la disponibilidad de la cosa sustraída.***

- Reconoce expresa y contradictoriamente con la adopción de dicha “posición intermedia”, que el criterio definitorio del hurto no es el desplazamiento de la cosa –del bien sustraído-, **sino el desplazamiento del sujeto que puede realizar actos de disposición.**
- Esta terminante declaración es contradictoria con el fundamento 7°, que considera al apoderamiento del bien y a su desplazamiento físico.

La Corte Suprema, ha efectuado una interpretación que ha sido calificada de naturalista en sede nacional, así GARCÍA CAVERO, resaltado como dicha interpretación efectuada en el fundamento sétimo de la Sentencia Plenaria, se halla no solo en contradicción con el fundamento noveno – principal argumento de la plenaria - sino que además se halla también en contradicción con el propio texto del Código penal, que en su art. 186° inc. 4 permite el hurto sin desplazamiento, por lo que propone una interpretación de carácter normativo del delito de hurto y entender que finalmente lo más importante para la consumación de éste delito, es el traslado del poder de disposición del bien que pasa del titular al sujeto activo del delito<sup>86</sup>.

### **3.15. La consumación de los delitos de hurto y robo**

Respecto a la consumación de los denominados delitos patrimoniales específicamente hurto, hurto agravado, robo, robo agravado y abigeato, previsto por nuestro Código penal en los arts. 185°,186°, 188°, 189°. 189-A° y 189-C, puede apreciarse que el medio para el apoderamiento - típicamente descrito en cada una de dichas figuras- a efectuarse sobre el bien es la acción u omisión de sustracción,

---

<sup>86</sup>

GARCÍA CAVERO, “Nuevas Formas de aparición del delito...”,cit. pp. 37-39.

consistente en sacar el bien del ámbito de organización de su titular sin su consentimiento<sup>87</sup> .

Como bien afirma PINEDO-SANDOVAL, son el apoderamiento y la sustracción, los conceptos centrales que caracterizan a este tipo de delitos patrimoniales<sup>88</sup> .

En la Sentencia Plenaria analizada puede apreciarse las conclusiones principales de dicha doctrina:

1. Los delitos patrimoniales de apoderamiento son delitos de resultado.
2. Los delitos de hurto y robo son equivalentes.
3. Se adopta la tesis de la disponibilidad potencial – del bien sustraído- para establecer el momento de la consumación y se adoptan reglas específicas:  
(i) si hubo posibilidad de disposición y pese a ello se detuvo al autor y recuperó en su integridad el botín, la consumación ya se produjo; (ii) si el agente es sorprendido in fraganti o in situ y perseguido inmediatamente y sin interrupción es capturado con el íntegro del botín, el delito quedó en grado de tentativa; (iii) si en el curso de la persecución el agente abandona el botín y éste es recuperado, el delito queda en grado de tentativa; (iv) si perseguidos los participantes en el hecho, es detenido uno o más de ellos pero otro u otros logran escapar con el producto del robo, el delito se consumó para todos<sup>89</sup> .

---

<sup>87</sup>

PINEDO-SANDOVAL, “El Iter Criminis...”, cit. p. 6.

<sup>88</sup>

PINEDO-SANDOVAL, “El Iter Criminis...”, cit. p. 8.

<sup>89</sup>

Fundamento N° 10 de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/DJ-301-A.

### **3.16. Sobre las teorías acerca de la consumación en el delito de hurto**

Señalaba ya en 1983 el profesor de la Universidad Mayor de San Marcos Luis ROY FREYRE, cuando estaba vigente el Código Penal de 1924, que determinar en abstracto el momento consumativo del delito de hurto, *constituye uno de los temas de mayor discusión en la doctrina sobre delincuencia patrimonial*<sup>90</sup>.

Su importancia actual es evidente, pues dependiendo de la teoría que se adopte, pueden los órganos jurisdiccionales determinar frente a un caso concreto si se ha consumado el delito o éste ha quedado en grado de tentativa, más aún si como se tiene, la Corte Suprema Nacional en el año 2005, ha establecido su posición acerca de la teoría de dicha consumación o de supuestos donde el delito solo quedó en grado de tentativa en casos de hurto o de robo, ya que el máximo tribunal peruano, considera equivalentes ambos delitos, tiene enorme trascendencia, sobre todo en la pena a imponer en casos de delitos de robo y robo agravado donde el quantum de pena es sumamente elevado –en éste último caso el extremo mínimo es de doce años de pena privativa de la libertad-.

### **3.17. Las teorías denominadas clásicas acerca de la consumación del delito de hurto son las siguientes:**

**3.17.1.1 La teoría de la *apprehensio* o *contrectatio***, la misma que hace coincidir el momento consumativo del delito de hurto –o del robo- simplemente con poner la mano sobre la cosa, es decir como señala FIGARI “*asirla sin moverla*”, de ésta manera se protege el tenedor mucho antes de haberse violado su tenencia.

---

<sup>90</sup>

ROY FREYRE, Luis E. “Derecho Penal Peruano”, Tomo III. Parte Especial”, Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima, 1983, p. 62-64.

ROY FREYRE de igual forma señala que según esta teoría el apoderamiento ya está producido al tocar el agente el objeto con la mano, verificándose la consumación apenas el agente se contacta con la cosa mueble ajena<sup>91</sup>. Esta teoría que al decir de COBO MARTÍNEZ es minoritaria, propugna un desproporcionado adelanto del seguimiento penal, que inhabilita la concurrencia de una posible tentativa, pues sitúa la consumación en la segura incorporación al patrimonio, mezclando el elemento objetivo del delito con el elemento subjetivo consistente en el ánimo de lucro<sup>92</sup>.

Esta doctrina ha quedado relegada a un especio histórico, ya que constituye una protección exagerada en un Derecho penal moderno, sus orígenes se remontan al Derecho Romano, donde se justificaba esta posición, en razón del grado evolutivo de las teorías penales, fundamentalmente de la teoría de la tentativa.

**3.17.1.2 La teoría de la *amotio***, considera que se ha consumado el hurto – y también el robo- cuando la cosa ha sido trasladada o movida del lugar, El hurto se consumaría apenas el bien es removido del sitio donde lo había colocado el agraviado<sup>93</sup>. Esta teoría considera que el hecho de mover la cosa o ser sacada del lugar en que se hallaba, constituye en realidad el apoderamiento por parte de quién lo efectúa, se ha criticado que no se verifica en todos los casos el desapoderamiento para el tenedor.

---

<sup>91</sup> ROY FREYRE, “Derecho Penal...”, cit. p. 63.

<sup>92</sup> COBO MARTÍNEZ. Andrea. “Consumación y formas imperfectas de ejecución: hurto y robo”, Universidad de Jaén-Facultad de Ciencias Sociales, p. 16.

<sup>93</sup> En el mismo sentido ROY FREYRE, citando a CARRARA, op. cit. p. 63.

**3.17.1.3 La teoría de la *ablatio***, según la cual para que se lleve la consumación del delito de hurto – y del robo- no basta con coger la cosa, sino que hay que sacarla de la esfera de control del dueño, en igual sentido el profesor ROY FREYRE precisa que con ésta teoría el momento consumativo exigiría el traslado de la cosa aprehendida de un lugar a otro: De la esfera de vigilancia patrimonial donde se hallaba, al sitio donde pueda disponer de la cosa el agente <sup>94</sup> .

Explica COBO MARTÍNEZ que esta teoría es insuficiente para calificar como consumado el hurto, pues no basta solo con que el sujeto activo haya sustraído la cosa mueble, e incluso se haya dado a la fuga, sino que además tiene que atenderse a “una mínima disponibilidad” <sup>95</sup> .

Como se aprecia, esta teoría considera como momento consumativo a la remoción de la cosa una extensión más determinada, no se reduce simplemente a lo físico o espacial, sino que tiene en cuenta el desapoderamiento de la víctima. En esta doctrina se habla de sacar las cosas de la esfera de custodia, de la vigilancia o de la actividad del tenedor, en esta doctrina se han identificado dos posiciones acerca del significado y alcance del verbo apoderar: La primera esbozada por la teoría de la disponibilidad y la segunda por el desapoderamiento.

---

<sup>94</sup>

ROY FREYRE, “Derecho Penal...”, cit., p. 63-64, considera –refiriéndose al Código Penal de 1924- que: “Por todo lo que tenemos expuesto al hacer el estudio de los elementos constitutivos del delito de hurto simple, es evidente que la dogmática peruana se afilia a la tesis de la *ablatio* (etimológicamente: “quitar”) .

<sup>95</sup>

COBO MARTÍNEZ, “Consumación y formas...”, cit., p. 17.



**3.17.1.4 La teoría de la *illatio***, según la cual, el hurto se considera consumado cuando el bien es transportado por el agente a un lugar seguro, previamente escogido donde permanece oculto y a salvo de la reivindicación del titular<sup>96</sup>. Al respecto, sostiene PINEDO-SANDOVAL, que el Tribunal Supremo español, en forma expresa y reiterada ha reconocido su adhesión a la teoría de la *illatio*, al cual identifica con el criterio de la disponibilidad potencial, así en la STS 5426/2003, de fecha 08 de setiembre de 2003, se sostiene que: “...es pacífica y constante la doctrina de esta Sala, según la cual en el delito de robo, cuando de deslindar la figura plena o consumada y la semiplena o frustrada –ahora tentativa- se trata, se ha optado por la racional postura de la *illatio*, que centra la línea delimitadora o fronteriza no en la mera aprehensión de la cosa –*contrectatio*-, ni en el hecho de la separación de la posesión material del ofendido –*ablatio*-, sino en el de **la disponibilidad de la cosa sustraída por el sujeto activo, siquiera sea potencialmente**, sin que se precise la efectiva disposición del objeto material”.

Es decir, como afirma COBO MARTÍNEZ según esta teoría se verifica la consumación cuando la cosa mueble es sacada fuera del control dominical del dueño y tiene disponibilidad, aunque sea mínima sobre ella<sup>97</sup>.

**3.17.1.5. La Teoría de la Disponibilidad.** Es la teoría dominante en el ámbito de la doctrina penal en relación con el momento consumativo de los delitos de hurto y robo, es una teoría intermedia o mixta entra la *ablatio* y la *illatio*<sup>98</sup>, que

---

<sup>96</sup>

ROY FREYRE, “Derecho Penal...”, cit. p. 64, añade que esta teoría contaba con el apoyo de los antiguos doctores, es decir, de los prácticos.

<sup>97</sup>

COBO MARTÍNEZ, “Consumación y formas...”, cit. p. 15.

<sup>98</sup>

SÁNCHEZ-OSTIZ, en RUDEP, 2 (2001), p. 244, n. 11, refiriéndose al caso español señala que: “En efecto la consumación se considera producida en un momento que se halla entre la *ablatio* y la *illatio*, es decir, entre el desplazamiento y la obtención de una ventaja patrimonial”, cit. por PINEDO-SANDOVAL, p. 47.

considera que la disponibilidad puede ser incluso fugaz o potencial, para disponer el objeto sustraído y actuar como dueño -usarlo, prestarlo donarlo, romperlo-.

Según esta teoría, precisa PINEDO-SANDOVAL, el momento consumativo en éstos delitos tiene lugar cuando el autor puede disponer de la cosa ajena, habiéndola sacado de la esfera de resguardo o custodia en la que se hallaba, es decir, cuando aquél pueda comportarse de una manera similar a la del propietario de la cosa, en consecuencia todo comportamiento anterior, no se comprende dentro de la esfera de la consumación<sup>99</sup>.

La teoría de la disponibilidad que ha sido adoptada por la Corte Suprema, debe ser entendida como que no es suficiente el apoderamiento del bien y su mero traslado en el espacio, debiendo de requerirse necesariamente la ejecución de un acto de dominio sobre aquél, por parte del agente, no basta, como bien anota PINEDO-SANDOVAL, con el acto de poseer, porque se puede poseer incluso desde los actos preparatorios, es necesario que el agente haya tenido la posibilidad de usar (*uti*), de disfrutar (*frui*), o de realizar actos de disposición sobre el bien (*habere*).

El agente debe encontrarse en una situación –aunque fuere momentánea- en la que sea posible poder aprovecharse del contenido adscriptivo de la propiedad –

---

99

PINEDO-SANDOVAL, “El Iter Criminis...”, cit. considera que el criterio de la disponibilidad adoptado en la Sentencia Plenaria N° 1-2005, bien puede catalogarse como una adhesión a la teoría de la *illatio*, procura evitar un adelantamiento peligroso del momento consumativo (a diferencia de las teorías de la *aprehensio* y *amotio*), puesto que, al requerir que exista la posibilidad de ejercitar las facultades dominicales, exige algo más que desplazar la cosa de la esfera de la custodia anterior. Se requiere asimismo, que haya una posibilidad de disposición sin trabas –aunque sea momentáneamente- y subsecuentemente, que el titular anterior se vea privado de esa facultad.

que le permite el uso de sus facultades-, pues en caso contrario no se habrá producido la ruptura definitiva de la esfera de custodia anterior.

El criterio de la disponibilidad para identificar la consumación fue asumido por el Tribunal Supremo español desde finales de los años noventa, así puede apreciarse la STS de fecha 22 de abril del año 1997 donde se establecía: “la **consumación** se origina en lo que respecta a los delitos de robo, soslayando cualquier concepto frustracional, siempre y cuando se produzca la **disponibilidad de la cosa mueble apropiada o sustraída**, definida ésta no obstante en sus exactos términos, implicando no una facultad real y auténtica sino **la posibilidad de disponer (potencial** capacidad para disponer decía la Sentencia de 20 febrero 1985 –RJ 1985/981-, que surge cuando la cosa mueble quede en condiciones de poderse ejercitar sobre ella cualquier acto de dominio material, bien entendido: **1º)** que basta con que esa disponibilidad lo sea solo de una parte de lo sustraído; **2º)** que también **es suficiente con que esa disponibilidad dure, fugazmente**, breves instantes, con tal que el *ius disponendi* no ofrezca duda alguna, razón por la cual aparece frustrada la infracción si el presunto autor es sorprendido *in fraganti* o es detenido poco después de la apropiación; **3º)** que como es indiferente el hecho de que el autor de la sustracción llegue o no a aprovecharse de lo indebidamente apropiado, claro es que la consumación persistirá aunque falte su agotamiento o aunque al autor del delito se le sorprenda poco después de haber tenido para sí una verdadera disposición o capacidad de disponer (Sentencia de 23 febrero 1984 – RJ 1984/1162-, y **4º)** que esa disposición se condensa, resumidamente, en que el poder de hacer, posible, ideal o real, significa tener la cosa mueble a expensas de la voluntad del delincuente, fuera del control de su legítimo dueño”, (resaltados nuestros)<sup>100</sup> .

---

100

En COBO MARTÍNEZ, “Consumación y formas...”, cit., pp. 14-15.

### **3.18.- Toma de posición respecto a la teoría de la disponibilidad y a la consideración de delitos de resultado de la Corte Suprema.**

Como se ha referido, en la presente investigación se cuestiona la posición de la Sentencia Plenaria N° 1-2005 de la Corte Suprema al señalar que los delitos de hurto y robo son delitos de resultado y a partir de dicha consideración se establecen reglas para determinar el grado de evolución del delito.

La Corte Suprema expresamente señala: *“La acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente define al delito de hurto y, por extensión de robo, como uno de resultado y no de mera actividad”*.

Respecto a ésta terminante afirmación, sostenemos con un sector de la doctrina penal que los delitos de hurto y de robo no son delitos de resultado sino de mera actividad, para ello en primer lugar tenemos en cuenta que para considerarlos como delitos de resultado, se toma en cuenta el criterio DE EXIGIR UN RESULTADO SEPARADO DE LA CONDUCTA DEL AUTOR, como precisa GARCÍA CAVERO, se exige un resultado separado espacial y temporalmente separado de la acción del autor, como es el caso del delito de homicidio y de la estafa, explica además el citado tratadista, que la importancia de ésta diferenciación de los tipos penales se encuentra fundamentalmente en el nivel de la imputación objetiva, pues en los delitos de resultado se exige la imputación objetiva separado del resultado para la consumación (GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho Penal. Parte General”, JURISTA, editores, Lima 2012, pp. 393-394).

Mientras que en los delitos de mera actividad o de mera conducta, el delito se consuma con la realización de la acción (se requiere la mera actividad, como en el caso del delito de **violación domicilio del art. 159° del código penal, o de la omisión pura** como en el caso del delito de incumplimiento de obligación alimentaria previsto por el artículo 149° del mismo cuerpo legal) sin que sea necesario constatar

un resultado temporal y espacialmente separado de la conducta. Para la imputación objetiva en estos delitos de mera actividad, “basta con la creación de un riesgo prohibido” (GARCÍA CAVERO, pag. 349)

En el mismo sentido se ha pronunciado un sector de la doctrina nacional, al respecto PINEDO-SANDOVAL refiere que existen dos razones adicionales –una de carácter dogmático y otra de carácter legal-, para considerar a éstos delitos como de mera actividad, así precisa que en los delitos previstos por los artículos 185° y 188° del Código penal, no se exige la realización material de un resultado naturalista, es decir, de un resultado independiente de la conducta del autor, tan solo basta con la infracción de un deber negativo de aseguramiento cuyo sentido comunicativo sea contrario a la norma que garantiza el respeto de la propiedad ajena o la infracción de un deber positivo de velar por la conservación del patrimonio del beneficiario institucional, explicando esta tesis sostiene éste autor, que para que exista un apoderamiento típico de hurto o de robo, la conducta del autor debe tener el sentido comunicativo de idoneidad para la obtención de un provecho, de idoneidad para aprovecharse del contenido adscriptivo de la propiedad ajena (de las facultades que otorga la propiedad), ya que por ejemplo si en un caso concreto el autor de un hurto o robo logra obtener un provecho efectivo como consecuencia del apoderamiento ilegítimo del bien, ello constituye una **conducta post consumativa** que pertenece a la fase de agotamiento del delito, pero no a su consumación. (PINEDO-SANDOVAL, op. cit. pp. 15-20).

En la Sentencia Plenaria, se ha incurrido –consideramos- en el error muy frecuente de identificar los binomios delitos de mera actividad/delitos de resultado con el de delitos de peligro/delitos de lesión o daño, el primer binomio atiende a la clasificación que obedece al criterio de que el delito requiere algo más que la conducta del agente para su consumación, mientras que el segundo, atiende a si este requiere o no una efectiva lesión del bien jurídico protegido. Como ha precisado HERNÁNDEZ BASUALTO, el error proviene de que en muchos casos éstas categorías suelen

coincidir, es decir en muchos casos los delitos de peligro son también de mera actividad, pero no se identifican necesariamente y añade: *“el hurto es manifiestamente un delito de lesión, porque el apoderamiento de la cosa ajena lesiona efectivamente, el vínculo entre ésta y su titular, pero una cosa muy distinta es que sea un delito de resultado, para lo cual lo único decisivo es si, además de la conducta de apropiación, el tipo requiere que esa conducta produzca algo distinto de esa misma, cual no es el caso”*, (HERNÁNDEZ BASUALTO, en *Semana Jurídica*, p. 7, cit, por PINEDO-SANDOVAL , p. 21).

La Corte Suprema en la Sentencia Plenaria, fundamento II.8 ha determinado *“la acción de apoderarse mediante sustracción, materialmente, define al delito de hurto y por extensión al delito de robo como uno de resultado y no de mera actividad”*.

Este entendimiento de ambos delitos a su vez, fuerza a entender no solo que el agente desapodera a la víctima de la cosa que adquiere poder sobre ella, sino también como correlato la pérdida actual de la misma por parte de quién la tuviera. Es decir, es la propia Corte Suprema la que introduce la confusión. Ya que, si la apropiación consiste en desposeer a la víctima y que produce la pérdida de la cosa por parte de la víctima, no existe un resultado típico distinguible y separable de la conducta misma del autor que pueda ser atribuida como un resultado. En este sentido es que discrepamos de la Sentencia Plenaria y nos adherimos a la posición contenida en el voto singular del Juez Supremo Balcazar Zelada, que considera suficiente para la consumación la acción de apoderamiento, toda vez que ya se habría producido con la remoción del bien de la esfera de custodia de la víctima la consumación, no requiriéndose necesariamente la disponibilidad potencial el bien por parte del autor.

# CAPITULO III: ANALISIS Y DISCUCION DE LOS RESULTADOS O LOS INSTRUMENTOS UTILIZADOS

## 3.1. Resultados

### A nivel de objetivos específicos

Identificar el porcentaje de los delitos de hurto y robo resueltos en los juzgados de la Corte Superior de Justicia de San Martín – San Martín en el periodo comprendido entre agosto del año 2003 al mes de agosto del año 2004.

**Tabla Nº 01**, Delitos de robo y hurto resueltos en los juzgados e San Martín -Tarapoto, en los años 2003 y 2004.

Tipo de sentencia	Frecuencia	Porcentaje
Absolutoria	0	0.00%
Condenatoria	18	100.00%
TOTAL	18	100.00%

Fuente. Elaboración propia en función a los resultados

La tabla 01 y el grafico 01 muestran que el 100.00% de las sentencias dictadas por delitos de hurto y robo en el Distrito Judicial de San Martín - Tarapoto los años 2003 y 2004, son de tipo condenatorio; así mismo, se tiene que en ninguna de las sentencias se ha considerado ni desarrollado la disponibilidad potencial para la configuración del tipo penal, sino que bastó la configuración del tipo penal descrito en la norma, para que se configure dicha conducta.

**Grafico N° 01, Delitos de robo y hurto resueltos en los juzgados unipersonales del poder judicial de San Martín en los años 2003 y 2004.**



■ absolutoria ■ condenatoria

Fuente. Elaboración propia en función a los resultados



Identificar el porcentaje de los delitos de hurto y robo resueltos en los juzgados de la Corte Superior de Justicia de San Martín -Tarapoto durante los años 2013 y 2014.

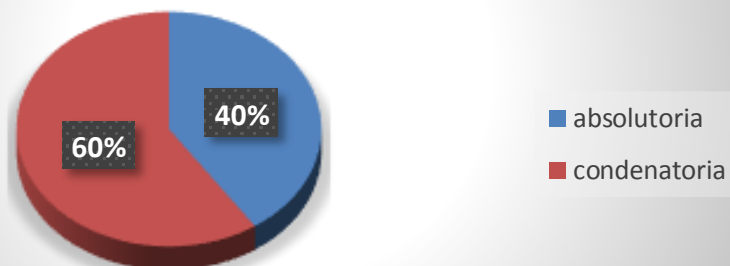
**Tabla N° 02,** Delitos de hurto y robo sentenciados en los juzgados de San Martín -Tarapoto durante los años 2013 y 2014.

Tipo de sentencia	Frecuencia	Porcentaje
Absolutoria	34	40.48%
Condenatoria	50	59.52%
TOTAL	84	100.00%

Fuente. Elaboración propia en función a los resultados

En la tabla 02 y el gráfico 02 podemos identificar que las sentencias dictadas para delitos de hurto y robo en la Corte Superior de Justicia de San Martín -Tarapoto durante los años 2013 y 2014. El 59.52% son de tipo condenatorio, es decir tuvieron una sanción y fueron calificados como delito y el 40.48%, obtuvieron una resolución de absolución. En todas las sentencias condenatorias se resolvió considerando los criterios del Acuerdo Plenario N°.1-2005; no existiendo ninguna sentencia donde el Juez de la causa resuelva apartándose del mencionado Acuerdo Plenario.

**Gráfico Nº 02, Delitos de hurto y robo presentados en los juzgados unipersonales del poder judicial de San Martín 2013 y 2014.**



Fuente. Elaboración propia en función a los resultados

### **A nivel inferencial**

**Para realizar el análisis a nivel inferencial**, trasladamos revisamos el impacto antes y después de la Sentencia Plenaria N° 1-2005/D-301-A-1 en los delitos de hurto y robo de los juzgados de la Corte Superior de Justicia de San Martín – Tarapoto.

Y se hace uso de los datos encontrados de forma general, en función del puntaje considerado en la siguiente tabla.

Tipo de sentencia	Puntaje
Condenatoria	2
Absolutoria	1

Fuente. Elaboración propia en función a los resultados

Podemos identificar la distribución de los puntajes observados en la siguiente tabla:

Nº	X	Y	d1	d2	d1xd1	d2xd2
1	2	1	0	-0.595238	0	0.35431
2	2	1	0	-0.595238	0	0.35431
3	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
4	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
5	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
6	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
7	2	1	0	-0.595238	0	0.35431
8	2	1	0	-0.595238	0	0.35431
9	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
10	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
11	2	1	0	-0.595238	0	0.35431
12	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
13	2	1	0	-0.595238	0	0.35431
14	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
15	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
16	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
17	2	1	0	-0.595238	0	0.35431
18	2	2	0	0.4047619	0	0.16383
19		2		0.4047619		0.16383
20		1		-0.595238		0.35431
21		2		0.4047619		0.16383
22		2		0.4047619		0.16383
23		1		-0.595238		0.35431
24		1		-0.595238		0.35431
25		2		0.4047619		0.16383
26		2		0.4047619		0.16383
27		2		0.4047619		0.16383
28		2		0.4047619		0.16383
29		2		0.4047619		0.16383
30		2		0.4047619		0.16383
31		2		0.4047619		0.16383
32		2		0.4047619		0.16383
33		1		-0.595238		0.35431
34		1		-0.595238		0.35431
35		2		0.4047619		0.16383
36		2		0.4047619		0.16383
37		2		0.4047619		0.16383

38		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
39		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
40		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
41		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
42		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
43		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
44		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
45		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
46		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
47		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
48		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
49		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
50		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
51		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
52		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
53		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
54		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
55		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
56		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
57		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
58		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
59		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
60		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
61		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
62		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
63		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
64		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
65		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
66		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
67		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
68		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
69		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
70		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
71		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
72		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
73		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
74		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
75		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
76		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
77		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
78		1		<b>-0.595238</b>		0.35431

79		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
80		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
81		1		<b>-0.595238</b>		0.35431
82		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
83		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
84		2		<b>0.4047619</b>		0.16383
SUMATORIA	36	134			0	20.2381
PROMEDIO	2	1.59524			0	0.24093
D ESTÁNDAR					1.92	1.22
DIFERENCIA	0.4047				SUMA	3.14
						0.03738
						0.19334
T STUDENTS	2.093					

La t calculada (Tt) se determinó mediante la siguiente fórmula:

$$t = \frac{(\bar{X} - \bar{Y})}{\sqrt{\frac{\hat{S}_1^2}{n} + \frac{\hat{S}_2^2}{m}}}$$

$$t_c = 2.093$$

$$gl = 83 \quad \text{nivel de significancia} = 0.05$$

$$t_t = 1.6634$$

Se plantean las siguientes hipótesis estadísticas

### Hipótesis Nula

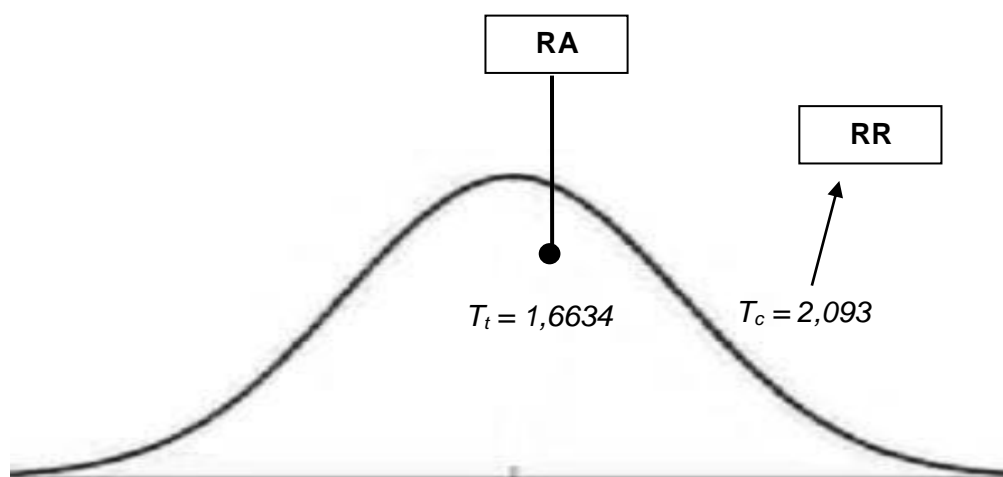
Si  $T_t > T_c$  La Sentencia Plenaria N°.1-2005/D-301-A-1 no tiene impacto en los delitos de hurto y robo de los juzgados unipersonales del poder judicial de San Martín.

## Hipótesis Alternativa

Si  $T_c > T_t$ . La Sentencia Plenaria N° 1-2005/D-301-A-1 tiene impacto en los delitos de hurto de los juzgados unipersonales del poder judicial de San Martín.

CONTRASTACIÓN	HIPÓTESIS	Distribución T – Student		Decisión
		Nivel de significancia 5%		
		T <sub>c</sub>	T <sub>t</sub>	
Pre prueba y post prueba del grupo de estudio	$H_0 : \mu O_2 = \mu O_1$ $H_1 : \mu O_2 > \mu O_1$	2.093	1.6634	Rechaza H <sub>0</sub> Acepta H <sub>1</sub>

**Fuente:** Datos del anexo N° 02 procesador mediante la comparación de medias medidas apareadas.



Al contrastar las hipótesis, se cumple que  $T_c : 2,093 > T_t : 1,6634$ ; es decir,  $T_c \in RR$ , entonces se rechaza la hipótesis nula ( $H_0 : \mu O_2 = \mu O_1$ ) y se acepta la alternativa ( $H_1 : \mu O_2 > \mu O_1$ ); en consecuencia,  $T_c$  La Sentencia Plenaria N° 1-2005/D-301-A-1 tiene impacto en los delitos de hurto de los juzgados unipersonales del poder judicial

de San Martín. Por lo tanto, los Jueces no han valorado un análisis amplio en relación al tema tratado en esta tesis.

### 3.2. Discusión de resultados

Se concluye que la Sentencia Plenaria N°.1-2005/D-301-A-1 tiene impacto para resolver los casos de Hurto y Robo que se presentan en la Corte Superior de Justicia de San Martín. Es decir, que al contrastar las hipótesis, se cumple que  $T_c: 2,093 > T_t: 1,6634$ ; es decir,  $T_c \in \text{ERR}$ , entonces se rechaza la hipótesis nula ( $H_0 : \mu O_2 = \mu O_1$ ) y se acepta la alterna ( $H_1 : \mu O_2 > \mu O_1$ ).

El 100.00% de las sentencias de hurto y robo dictadas en la Corte Superior de Justicia de San Martín en los años 2003 y 2004., son de tipo condenatorio, lo que señala que todos los expedientes han sido resueltos condenando a los acusados por delitos de hurto y robo. Sin diferenciarlo en relación al hecho. En el delito de hurto y robo la consumación se efectúa con el apoderamiento, es decir con la privación que sufre la víctima de la posesión, de la custodia jurídica sobre el bien, siendo en consecuencia suficiente con la acción de apoderamiento efectuada por el autor, ya que con la remoción del bien se afectó la esfera custodia de la víctima.

En las sentencias dictadas por hurto y robo en la Corte Superior de Justicia de San Martín -Tarapoto durante los años 2013 y 2014. El 59.52% son de tipo condenatorio, es decir tuvieron una sanción y fueron calificados como delito y el 40.48%, obtuvieron una resolución de absolución. En las sentencias de hurto y robo previsto por el Art. 185° y 188° del Código Penal, se habla de la disponibilidad potencial del bien.

# CAPÍTULO IV: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

## 4.1 Conclusiones:

1. En el delito de hurto y robo previsto por el Art. 185° y 188° del Código Penal, la consumación típica, no requiere de un resultado posterior al apoderamiento, el resultado material que se produce posteriormente a la consumación del delito, se efectúa en la fase agotamiento del delito y se puede tener en cuenta para efectos de la individualización de la pena; siendo así no estamos ante un delito de resultado, sino de mera actividad por lo que debe desecharse la aceptación que en éste tipo de delitos puede producirse la tentativa acabada, sólo caben supuestos de tentativa inacabada, siendo indispensable la armonización o establecimiento de nuevos criterios mediante jurisprudencia vinculante al respecto.
2. En el delito de hurto y robo la consumación se efectúa con el apoderamiento, es decir con la privación que sufre la víctima de la posesión, de la custodia jurídica sobre el bien, siendo en consecuencia suficiente con la acción de apoderamiento efectuada por el autor, ya que con la remoción del bien se afectó la esfera custodia de la víctima.
3. El delito de hurto y robo, no es un delito de resultado como sostiene la Sentencia Plenaria N°.1-2005/DJ-301-A de la Corte Suprema, sino es un delito de mera actividad, no se requiere típicamente de la producción de un resultado material, que sea independiente y separado espacio temporalmente del comportamiento del autor, a partir de la propia interpretación efectuada por la Corte Suprema; en tal sentido tiene que producirse una reinterpretación de los tipos penales, abandonando las tradicionales formas causalistas, introduciendo los criterios de imputación objetiva que permitan clarificar cuando el resultado es distinguible y



separado de la acción y cuando es suficiente para considerar consumado el delito de hurto con la creación del riesgo prohibido.

#### **4.2. Recomendaciones:**

1. Es conveniente instar la celebración de un Acuerdo Plenario por parte de las Salas Penales de la Corte Suprema, que sienta los criterios interpretativos modernos que existen en el Derecho Penal, tanto para la configuración de la tentativa, como para la consumación de los delitos denominados de apoderamiento, entre los que se encuentra el hurto y robo.

2. Los operadores deben tener en cuenta al sistema moderno del Derecho penal y abandonar la mera interpretación literal para analizar los tipos penales, como propone un sector importante de la doctrina nacional –García Caverro- debe considerarse una interpretación normativa que permita adecuar la literalidad de los enuncios legales a las nuevas formas de conducta que se subsumen en el delito de hurto.

3. Los operadores jurídicos: Jueces, Fiscales, abogados defensores, procuradores, cuando deban aplicar una sentencia plenaria –que tiene carácter vinculante- tienen que considerar que es posible su apartamiento de la línea jurisprudencial fijada siempre que se fije un nuevo desarrollo sobre el tema en cuestión.

4. Finalmente, en las universidades donde se enseña Derecho Penal, debe propenderse a introducir los criterios de interpretación teleológica de los tipos penales, abandonando la vieja costumbre de utilizar solo el método literal para la interpretación de los tipos penales; asimismo es urgente introducir en la currícula de estudios la enseñanza obligatoria de la teoría de la imputación objetiva introducida en nuestro ordenamiento y jurisprudencia nacional desde hace más de dos décadas, para lograr el uso adecuado de sus criterios.

## VII.- BIBLIOGRAFIA:

1. AGUADO CORREA. Teresa. “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, en: URQUIZO OLAECHEA, José/SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coordinadores), IDEMSA, Lima, 2012
2. BERRUEZO, Rafael. “*Delitos de Dominio y de Infracción de Deber*”, IB de F., Buenos Aires, 2009,
3. CASTILLO ALVA, José Luis y CASTILLO CÓRDOVA, Luis, en El precedente judicial y el Precedente judicial constitucional,
4. CASTILLO ALVA, José Luis, “Comentarios a los Precedentes Vinculantes”. GRIJLEY, 2008.
5. COBO MARTÍNEZ, Andrea, “Consumación y Formas Imperfectas de Ejecución: hurto y robo”, Universidad de Jaén, España, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas.
6. FERRAJOLI, Luigi. “Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal”, Editorial Trotta, 2001.
7. GARCÍA CAVERO, Percy. “Nuevas formas de aparición de la criminalidad patrimonial”. Una revisión normativa de los delitos contra el patrimonio, JURISTA editores, Lima 2010.

8. GARCÍA CAVERO, Percy. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General", GRIJLEY, Lima, 2008.
9. GARCÍA –PABLOS DE MOLINA, A. "Criminología. Una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas", Tirant lo Blanch, MADRID, 1994, P. 246.
10. GONZÁLES RODRÍGUEZ, Marta. "El derecho Penal desde una evaluación crítica", en Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología, 10-11 (2008), recuperado de <http://criminet.ugr.es/recpe>,
11. HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor. "La nueva regulación del hurto-falta, no consumado. En la semana Jurídica, semana del 11 al 17 de Junio de 2007".
12. MEINI MÉNDEZ, Iván Fabio. "Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del delito", Fondo Editorial de la PUCP, Lima 2014.
13. MONTERO AROCA, Juan, "*Independencia y responsabilidad del juez*", CIVITAS, Madrid, 1990,
14. MUÑOZ CONDE, Francisco. "Derecho Penal y Control Social", Fundación Universitaria de Jérez, España, 1985,
15. PINEDO SANDOVAL, Carlos Alberto. "El Iter Criminis en los delitos patrimoniales de apoderamiento: análisis de la Sentencia Plenaria 1-2005/DJ-301-A, Tesis de Maestría, Universidad de Piura.

16. SALINAS SICCHA, Ramiro. “Delitos contra el patrimonio”, Instituto Pacífico, Lima, 2015.
17. SENTENCIA PLENARIA N° 1-2005-/dj-301-A del 30 de septiembre de 2005, del Pleno Jurisdiccional de los Vocales de lo penal de la Corte Suprema de Justicia de la República.
18. URQUIZO OLAECHEA, José. “Estado constitucional de derecho y Derecho penal” en: *DERECHO CONSTITUCIONAL PENAL*. URQUIZO OLAECHEA, José/SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson (Coordinadores) IDEMSA, Lima, 2012,
19. Tribunal Supremo de Puerto Rico, Secretariado de la Conferencia Judicial “La Independencia Judicial en Puerto Rico, 1988, p. 21.
20. PÉREZ ARROYO, Miguel, “Las Ejecutorias vinculantes en materia penal a partir de la introducción del artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales”; en “Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia”, Lima CIPJ, Año 2, N° 6,
21. PÉREZ ARROYO, Miguel, “Jurisprudencia Penal y Procesal Penal Vinculante y Relevante” (2004-2008), INPECCP, Lima, 209, p. XX.
22. ROJAS VARGAS, Fidel. “El delito, preparación, tentativa y consumación”, IDEMSA, Lima, 2009.

23. ROY FREYRE, Luis E. "Derecho Penal Peruano. Tomo III – Parte Especial. Delitos contra el patrimonio", Instituto Peruano de Ciencias Penales, Lima 1983.
24. RUBIO CORREA, Marcial. "El Sistema Jurídico (Introducción al Derecho), Octava Edición, PUCP. Fondo Editorial, Lima.
25. SAN MARTIN CASTRO, César. "Jurisdicción constitucional y Justicia penal: Problemas y Perspectivas", Ponencia al VII Seminario Internacional "Justicia Constitucional y Estado de derecho" en Santa Cruz de la Sierra, agosto 2004, Editor tribunal Constitucional de Bolivia,
26. SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos/JUDEL PRIETO, Angel/PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón. "Manual de Derecho Penal. Parte General", CIVITAS, Madrid, 2002.
27. Tribunal Supremo de Puerto Rico, Secretariado de la Conferencia Judicial "La Independencia Judicial en Puerto Rico, 1988, p. 21.
28. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. "Derecho Penal. Parte General", GRIJLEY, Lima, 2006.
29. ACALE, S. M. (2000). Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural. España: Biblioteca Nacional de España.
30. ARIAS, T. B. (1995). Teoría del delito. España: San Marcos.
31. Buján, P. M. (1999). Derecho penal económico. España: Library of Congress.

32. CANCIO , M. (1996). Los delitos de mera actividad . España : icono Biblioteca Nacional de España.
33. GALLAS, W. (1982). La teoria del delito en su momento actual. Madrid: WIKIDATA.
34. GIMBERNAT , O. E. (1995). Teoría de la evitabilidad versus teoría del aumento del riesgo. España: Tornos 2010.
35. GÓMEZ, P. (1998). Delito de mera actividad. Mexico: Biblioteca Nacional de España.
36. GRACIA , M. L. (1995). Concepto categorial teleológico y sistema dogmático del moderno Derecho penal económico y empresarial de los poderosos. España: Tecnos 2010.
37. HORMAZÁBAL , M. H. (1999). Derecho Penal. España: La ley.
38. HUERTA, T. (1997). El derecho fundamental a la legalidad penal. España: adaptada a la LO 5/2010.
39. JAKOBS, G. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación,. España: tirant editorial .
40. LUZÓN , P. D. (1996). El conflicto de conciencia ante el Derecho penal. Madrid: Universitas.
41. MAQUEDA , A. L. (1992). El Derecho Penal. España: Tirant lo Blanch.
42. MARTÍNEZ , E. M. (1994). La imputación objetiva del resultado. España: Biblioteca Nacional de España.
43. MIR, P. S. (1996). Derecho penal. Parte general. Madrid: Reppertor.
44. MUÑOZ , C. F., & Garcia , A. M. (1996). Derecho Penal parte general. Madrid: Tirant lo blanch.
45. PÉREZ , A. M. (1995). Exigencia de relacion casual . España: Biblioteca Nacional de España.

46. Quintero , O. G., Morales , P. F., & Prats , C. J. (1999). Tomo XIX Esquemas de Teoría Jurídica del delito y de la pena. España: Tirant.
47. Reyes , A. Y. (1994). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Colombia: Dialnet plus .
48. Romeo, C. C. (199). Derecho penal. España: Biblioteca Nacional de España.
49. Silva , S. J. (1997). La teoría del delito en la práctica penal económica. España: La ley.
50. Struensee, E. (1991). problemas capitales del derecho penal moderno . Buenos aires : Hammurabi.
51. Suárez, G. (1996). La parte general especial de los delitos de mera actividad. Barcelona : universidad de sevilla .
52. Tamarit , S. J. (2001). La libertad ideológica en el Derecho Penal. Barcelona: Tirant.
53. Vives , A. T. (1996). Fundamentos del Sistema Penal. Tirant lo Blanch.